

Manual de Derecho Civil: Personas

Annalisa Poles de Graciotti
Jorge Leal Rangel
Marjorie Mattutat Muñoz
Nelson Grimaldo Hernández
Rina Mazuera Arias
Sergio Campana Zerpa

fundesde
Fundación para el Desarrollo
y Estudio del Derecho



Fundación para el Desarrollo y Estudio del Derecho

Manual de Derecho Civil:
Personas

Annalisa Poles de Graciotti | Jorge Leal Rangel
Nelson Grimaldo Hernández | Rina Mazuera Arias
Marjorie Mattutat Muñoz | Sergio Campana Zerpa

Manual de Derecho Civil: *Personas*

Annalisa Poles de Graciotti
Jorge Leal Rangel
Marjorie Mattutat Muñoz
Nelson Grimaldo Hernández
Rina Mazuera Arias
Sergio Campana Zerpa

© 1ra. edición. Diciembre 2011
2da. edición. Septiembre 2013

Hecho el depósito de la ley
Depósito legal: 1f07620113404120
ISBN: 978-980-12-5398-3



Fundación para el Desarrollo y Estudio del Derecho
Contacto: fundesde@gmail.com

Diseño y diagramación
Sigrid Márquez Poleo
Portada
Sigrid Márquez Poleo - Litho Arte C.A.

Impreso en Litho Arte, C.A.
Rif: J-30287089-5
Carrera 3 con calle 16 N° 16-21, La Ermita,
San Cristóbal Estado Táchira, Venezuela.
Teléfono: 0058 276 3419526 Telefax: 0058 276 3430982

Presentación

Puede decirse que el Derecho civil es la rama más amplia del Derecho, toda vez que engloba gran parte del Derecho privado. Comienza regulando a la persona considerada en sí misma, desde que es concebida y su posterior condición de sujeto de derecho que adquiere con el nacimiento, así como la adquisición de la personalidad y la capacidad jurídica; continúa regulando al patrimonio y las relaciones de los sujetos con los bienes, las relaciones de los sujetos entre sí y las obligaciones que de ellas se derivan, los diferentes tipos contractuales, las relaciones de los sujetos en el entorno familiar y concluye con la regulación del momento en que termina la existencia la persona -su muerte- y las consecuencias jurídico-patrimoniales que de ella se derivan.

Dada la amplitud del Derecho civil y evidenciándose la importancia que éste tiene para la sociedad, los autores, todos profesores de Derecho civil I (Personas) en la Universidad Católica del Táchira, hemos tomado la iniciativa de desarrollar íntegramente y de una manera práctica, concreta, ejemplificativa, el contenido programático de esa primera parte de esta rama del Derecho, es decir, el Derecho civil personas, con el firme propósito de ofrecer al alumno que se inicia en el largo camino del estudio del Derecho un instrumento que le permita acceder a la información para adquirir los conocimientos necesarios en esta área, de una manera sencilla y suficiente, completa y precisa, acorde con ese momento en el cual ha decidido adentrarse en el mundo de lo jurídico y cuando, en un proceso de constante descubrimiento, comienza a entender -jurídicamente- las realidades que lo rodean.

Por su parte, teniendo presente los cambios jurídicos producidos en el país a raíz de la Constitución del año 1999, que han traído como consecuencia una intensa actividad legislativa, hemos hecho un esfuerzo por actualizar cada una de la instituciones y figuras que tocan al Derecho civil I (Personas) a esa nueva legislación y a las transformaciones jurídicas producidas, razón por la cual los autores de este manual ofrecen al lector la seguridad de que cada una uno de los temas desarrollados se encuentra en plena consonancia con los textos legales y criterios jurisprudenciales vigentes.

Los autores

Capítulo 1

Nociones Introductorias[1]

SUMARIO

I. Acepciones del vocablo "Derecho". II. El Derecho objetivo y sus divisiones. III. Noción y contenido del Derecho civil. IV. Fuentes directas e indirectas del Derecho civil. V. Concepto de ley. VI. Vigencia y obligatoriedad de la ley. VII. Tipos de normas: Taxativas y dispositivas y la autonomía de la voluntad. VIII. La crítica del Derecho. IX. Legitimidad de la ley. X. La interpretación del Derecho: Concepto, métodos y resultados.

I. Acepciones del vocablo "Derecho"

Ya lo decía Enmanuel Kant: "Todavía andan los juristas buscando la definición de su Derecho".

Entre otras razones esa insaciable búsqueda obedece y está justificada por la riqueza del contenido de la palabra "Derecho", que puede ser entendido en diversas acepciones; porque el "Derecho" es, como lo dice Olaso[2], un objeto cultural y, por tanto, en primer término, carece de la precisión que, a sus propios objetos, dan las ciencias exactas y las ciencias naturales y, en segundo término, porque va a depender de la postura filosófica y sociológica que se asuma al estar el "Derecho" interconectado con estas ciencias.

1 Sergio Campana Zerpa. Profesor de la Universidad Católica del Táchira.
Correo electrónico: scampana@ucat.edu.ve.

2 Luis María Olaso: *Introducción al Derecho*. Tomo I. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello, 1986, p. 9 y ss.

Parafraseando a Atienza[3], pero adaptándonos a nuestra realidad nacional, podríamos referirnos a: 1) "El Derecho venezolano ha sufrido profundos cambios desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1999", en este caso nos estaríamos refiriendo al concepto de *Derecho objetivo*, es decir, a un conjunto o sistema de normas; 2) "El derecho a la propiedad es la facultad de usar, gozar y disponer de un bien", en este caso nos estaríamos refiriendo al *derecho subjetivo*, es decir, a la facultad, con el respaldo y apoyo del ordenamiento jurídico, de hacer o dejar de hacer algo; 3) "El carácter científico del Derecho es aún objeto de debates". Estaríamos en este caso haciendo referencia al *Derecho como ciencia*, es decir, estudio sistemático y reflexivo del Derecho; 4) "No hay derecho a que existan niños de la calle (o de la patria, si lo preferimos)". En este caso estaríamos, con el mismo vocablo, haciendo alusión al concepto de *Justicia*; 5) "Tenemos que pagar derecho de frente a la alcaldía". En este caso estaríamos refiriéndonos al concepto de *impuesto, tasa o contribución.*

II. El Derecho objetivo y sus divisiones

Si nos centramos en las ideas de *Derecho objetivo* y *derecho subjetivo* podemos entender, como lo afirmaba Messineo[4], que cada uno de nosotros tiene que ver con el Derecho en dos modos y sentidos absolutamente diferentes, y hasta, en cierta manera, opuestos: O porque tiene (o se jacta de tener) un derecho, en este caso nos referimos nuevamente al *derecho subjetivo*, concepto que, por el momento y a los efectos de este manual dejaremos de lado; o porque está sometido al Derecho, y en este caso que es el que particularmente nos interesa, nos referimos al *Derecho objetivo*. Aunque, también pudiéramos entender con Valencia Zea y Ortiz Monsalve[5], que semejante dualismo no existe, pues los derechos subjetivos deben su razón de ser a la misma existencia del Derecho objetivo. En efecto, el derecho de propiedad (principal derecho subjetivo) existe en tanto se encuentra garantizado por determinadas normas del Derecho objetivo, las cuales imponen a los demás la obligación o el deber jurídico de respetarlo, reduciendo en este caso el uso de las expresiones a un dudoso relativismo. En todo

3 Manuel Atienza: *El sentido del Derecho*. Barcelona, España. Editorial Ariel, 2001.
4 Francesco Messineo: *Manual de Derecho civil y Comercial*. Buenos Aires, Argentina. EJEA, 1954.
5 Arturo Valencia Zea y Alvaro Ortiz Monsalve: *Derecho Civil, parte General y Personas*, Tomo I. Bogotá, Colombia. Temis, 1997.

caso, acogiendo las expresiones *derecho subjetivo* y *Derecho objetivo* como opuestas (Messineo y otros clásicos), o como complementarias (tendencias modernas), aceptamos que el hombre, por estar relacionado con otros seres humanos, está sometido a un sistema de normas que rigen su vida y que tiene como "finalidad inmediata el logro del orden en el conglomerado que está llamado a regir; pero no constituye la búsqueda del orden como un fin en sí mismo, sino la búsqueda del orden social como medio para lograr el bien de todos, el bien común"[6]. Ese sistema de normas al que llamamos *Derecho objetivo*, está conformado por el Derecho natural y por el Derecho positivo. El Derecho natural, como lo afirma Hormaeche[7], instruido por "principios esenciales que emanan de la propia naturaleza humana, se conocen por la luz de la razón natural y se imponen a los hombres por fuerza de la misma naturaleza", de ordinario fundamenta el Derecho positivo que, según el propio Olaso[8], es "el sistema de normas emanadas de la autoridad competente y promulgadas de acuerdo con el procedimiento de creación del Derecho imperante en una nación determinada". Por ser este, el Derecho positivo, una consecuencia del Derecho natural, le tomaremos en adelante, haciendo abstracción del concepto de Derecho natural.

El Derecho positivo puede ser público o privado. Sin pretender profundizar en esta distinción -cada día más complicada considerando el principio de orden público que instruye hoy a muchas normas e instituciones del Derecho civil- podemos, buscando el pragmatismo, decir que el Derecho privado, la rama que nos interesa a efectos de ubicar el Derecho civil, rige las relaciones jurídicas de los particulares entre sí y de estos con el Estado y las entidades políticas que lo conforman, siempre que estos entes no actúen con su poder de imperio, es decir, que se trate de una relación de igualdad y no de subordinación del particular al poder soberano del Estado. Debemos dejar, sin embargo, constancia de que, como apunta Radbruch[9] esa distinción podría faltar en el ordenamiento jurídico, como faltó en el antiguo Derecho germánico hasta la recepción del Derecho romano.

6 Francisco Hung Vaillant: *Derecho civil I*. Caracas. Vadell Hermanos, 2009.
7 Citado por Olaso, obra citada, p. 21.
8 Citado por Olaso, obra citada, p. 22.
9 Citado por Arturo Valencia Zea y Alvaro Ortiz Monsalve: *Derecho Civil*. Temis. 1997, p. 19.

III. Noción y contenido del Derecho civil

Revisando la historia podemos concluir que el Derecho privado fue ramificándose de tal forma que se separaron del tronco común aquellas normas aplicables sólo a determinados tipos o clases de personas o relaciones jurídicas (Derecho de niños y adolescentes, Derecho mercantil, bancario, de seguros, Derecho del trabajo, Derecho agrario, etcétera). La expresión Derecho civil quedó reservada, precisamente, a ese tronco común que informa y nutre a todas las ramas especiales del Derecho privado.

Citando a Díez-Picazo y Gullón[10], convenimos en que lo que hoy llamamos Derecho civil es una manera o forma de abordar y estudiar una parte o un sector del ordenamiento jurídico, que se ocupa de las personas y sus diferentes estados civiles, del patrimonio de las personas, con especial referencia a los derechos de propiedad y a los demás derechos sobre los bienes, del intercambio de bienes y de servicios a través del mundo de la contratación, las obligaciones, las normas concernientes a la regulación de la familia y de las sucesiones por causa de muerte.

En cuanto al contenido, ya desde el siglo XIX la escuela Histórica, en cabeza de Federico Carlo Von Savigny, sostenía que el Derecho civil se componía por una parte general, en la que se trata a la persona como sujeto de Derecho, y por una parte especial que abarca a su vez el Derecho de cosas (bienes y derechos reales), el Derecho de las obligaciones, los contratos, el Derecho de familia y el Derecho de las sucesiones. Aunque modernamente esta clasificación y contenido ha sido atacada entre otros estudiosos por los ya citados Díez-Picazo y Gullón[11], todavía podemos decir que mantiene vigencia, y muchas facultades de Derecho, entre ellas la de nuestra Universidad Católica del Táchira, la aceptan y basan en ella su *pensum* de estudio.

Podríamos entonces concluir, a manera de noción, que el Derecho civil es la parte del Derecho privado que se aplica por igual a todas las cosas, relaciones y personas particulares, o que forman parte del Estado pero que actúan sin hacer uso del poder soberano de imposición, constituida por el

10 Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho Civil*. Madrid, España. Tecnos, 2001.
11 Obra citada.

tronco común del Derecho privado, excluyendo sus ramas especiales, es decir, las normas que están destinadas a regular la realidad jurídica y social en todas sus facetas o aspectos a falta de ramas especiales que se hayan escindido de ese tronco común.

IV. Fuentes directas e indirectas del Derecho civil

Entendemos por fuentes los modos o formas de manifestación, por parte de los órganos facultados para crearlos, de las normas jurídicas. Es decir, los instrumentos de que se valen los órganos del Estado competentes para dictar normas jurídicas generales (Derecho positivo) que regulen las relaciones entre los particulares o entre los particulares y el Estado siempre y cuando éste no actúe haciendo uso de su poder de imperio.

Las fuentes directas crean o producen Derecho civil, es decir, crean normas jurídicas generales; mientras que las fuentes indirectas nos ayudan a precisar el contenido y significado de las normas, sin llegar a crear o producir normas jurídicas de aplicación general.

La ley es la única fuente directa del Derecho civil venezolano, así lo establece sin ninguna clase de dudas, nuestro Código Civil en su artículo 4 cuando señala:

> **Artículo 4**. …Omisis… Cuando no hubiere disposición precisa de la ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del Derecho.

Acoge de esta manera nuestro Código Civil, principal ley que rige la materia, el principio de "*primacía de la ley*", ya que la única fuente directa del Derecho civil es la ley y, en caso de que no hubiere disposición legal precisa, no se podrán alegar otras fuentes como, por ejemplo, la costumbre, ya que, por mandato del citado artículo debe recurrirse, en caso de falta de regulación legal expresa, a la analogía de la ley, es decir, a la regulación legal de casos semejantes; y si todavía hubiere dudas, debe recurrirse a la analogía del Derecho o, lo que es lo mismo, a los principios generales del Derecho. La costumbre sólo puede ser tomada como fuente del Derecho cuando la propia ley remite a ella tal y como sucede con lo que

debe entenderse por reparaciones menores o locativas de los inmuebles arrendados, de acuerdo con el artículo 1.612 del Código Civil.

Por otra parte, el artículo 7 del Código Civil, reafirma el principio ya citado de "*primacía de la ley*", cuando establece:

> **Artículo 7.** Las leyes no pueden derogarse sino por otras leyes; y no vale alegar contra su observancia el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario, por antiguos y universales que sean.

Podemos aceptar como fuentes indirectas del Derecho civil venezolano -en el entendido que si bien no pueden producir o crear normas jurídicas generales, sí pueden ayudarnos a precisar el contenido y significado de las normas creadas por ley- a la doctrina y a la jurisprudencia.

Doctrina es el resultado de las investigaciones, publicadas en cualquier forma o por cualquier medio, de los estudiosos del Derecho. Frecuentemente podemos acceder a estos estudios a través de los textos escritos por especialistas en Derecho civil. Aportan éstos su ayuda en cuanto a precisar el contenido y significado de las normas al estudiar y profundizar las distintas instituciones del Derecho civil. Sin entrar a valorar la obra como tal, el manual que tienes ahora en tus manos es "doctrina".

Por jurisprudencia entendemos los antecedentes judiciales, es decir, la manera como los tribunales de la República han venido aplicando, a casos individualizados, las normas jurídicas. En este caso el aporte es particularmente significativo por cuanto podemos, considerando principios como el de la uniformidad de la jurisprudencia y el de la expectativa legítima, esperar que los tribunales apliquen a nuestro caso, de la misma forma como lo han venido haciendo en otros casos, una determinada norma jurídica. Sin embargo, debemos aclarar que los precedentes judiciales o sentencias previas no tienen, por lo general, carácter vinculante para nuestros jueces. Dada la estructura jerárquica de nuestro poder judicial y la posibilidad en la mayoría de los casos, de que el Tribunal Supremo de Justicia, revise la aplicación del Derecho a un caso concreto, reviste especial importancia las sentencias de este máximo tribunal de la República. Hoy podemos acceder, de manera muy sencilla, a estos dictámenes a través de la web: www.tsj.gob.ve.

V. Concepto de Ley

Para que sea realmente fuente del Derecho civil, la ley debe reunir la condición de ser ley en sentido formal y ley en sentido material.

Entendemos por ley en sentido formal a cualquier norma jurídica emanada de los órganos competentes (poder legislativo) cumpliendo con las formalidades exigidas para ello por la Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, aún cuando contenga preceptos jurídicos o mandatos de carácter general (por ejemplo el Código Civil) o de carácter particular (vgr. aprobación del presupuesto nacional).

Para que sea ley material debe, necesariamente, contener normas jurídicas, preceptos jurídicos o mandatos, de carácter general, es decir, aplicables a cualquier persona o a un grupo indeterminado de ellas.

La ley que, entonces, es fuente directa de nuestro Derecho civil y que nos interesa es aquella que cumple los dos extremos, por una parte, es dictada por un órgano competente y cumpliendo con las formalidades para ello requeridas, y por la otra, contiene normas de aplicación general.

VI. Vigencia y obligatoriedad de la Ley

El propio Código Civil se encarga de dibujar y delimitar la vigencia y obligatoriedad de la ley en Venezuela, lo cual hace de la siguiente manera:

En cuanto a la llamada vigencia temporal, establece el artículo 1 del Código Civil, como requisito de validez de la norma, para garantizar el acceso y conocimiento público de la misma, que esta sea publicada en la Gaceta Oficial, siendo obligatoria a partir de esa publicación, salvo que la propia ley establezca una fecha posterior para su entrada en vigencia, es decir, lo que se conoce como vigencia diferida o "*vacatio legis*". En caso de no contener norma alguna que, de manera expresa, establezca la vigencia diferida, se considerará vigente desde su publicación.

Por su parte el artículo 3 de la misma ley (Código Civil) es tajante al afirmar que "la ley no tendrá efecto retroactivo", es decir, no podrá aplicarse a situaciones verificadas antes de la publicación en Gaceta Oficial de la ley.

El principio de irretroactividad de la ley pretende garantizar la seguridad jurídica pues el particular debe saber que, por ejemplo, a un contrato que suscribe el día de hoy, se le van a aplicar las normas vigentes el día de hoy (normas que, por haber sido publicadas en la Gaceta Oficial, él debería conocer o que, por lo menos, le resultan accesibles) y no se le van a aplicar las eventuales modificaciones a las mismas que pudieran ser sancionadas y publicadas en el futuro. Solo cuando se trate, en materia penal, de una norma que beneficie al reo, se aplicará ésta de manera retroactiva.

En cuanto a la llamada vigencia territorial, el artículo 8 del Código Civil establece: "La autoridad de la ley se extiende a todas las personas nacionales o extranjeras que se encuentren en la República", es decir, que en Venezuela, en principio, rigen las leyes venezolanas y estas se aplican a propios y extraños. La Ley de Derecho Internacional Privado[12], que por ser ley especial prima, sobre el Código Civil y deroga el artículo 9 de este cuerpo normativo, hace la excepción con el estado civil y capacidad de las personas, que debe regularse por la ley del domicilio.

Por otra parte, el artículo 2 del Código Civil establece el principio de que "La ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento", y el artículo 5 sentencia que "La renuncia de las leyes en general no surte efecto". Como veremos más adelante, si bien es cierto que no puedo renunciar "en general" a todas las leyes, si puedo en algunos casos renunciar, haciendo uso de la autonomía de la voluntad, a ciertas leyes o a sus efectos.

Hemos dejado ya claro que no vale alegar contra la ley el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario, por antiguos y universales que sean (Código Civil, artículo 7)[13].

VII. Tipos de normas: Taxativas y dispositivas y la autonomía de la voluntad

El Derecho civil se rige, fundamentalmente, por el principio de la *"Autonomía de la voluntad"*, conforme al cual toda persona está en capacidad y libertad de constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir sus propias

12 Gaceta Oficial Nº 36.511 del 6 de agosto de 1998.
13 Ver más adelante en este mismo trabajo, la autonomía de la voluntad.

relaciones jurídicas de acuerdo a su propia y autónoma voluntad, pudiendo para ello renunciar o relajar la aplicación de ciertas normas.

Este principio, sin embargo, no es absoluto. El artículo 6 del Código Civil, es del tenor siguiente:

> **Artículo 6.** No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el *orden público* o las *buenas costumbres*. (cursivas adicionadas)

Establece, la propia ley, una barrera o límite a la autonomía de la voluntad y que está representada por las normas en cuya observancia están interesados el *orden público* o las *buenas costumbres* y que han sido llamadas por la doctrina, normas taxativas. Por ejemplo, el artículo 44 del Código Civil indica que el matrimonio "no puede contraerse sino entre un solo hombre y una sola mujer…"

Estas normas no pueden relajarse ni renunciarse pues, en su validez, están en juego intereses que van más allá de los individuales de las propias personas vinculadas en la relación. Respecto al punto en comento, nuestro Tribunal Supremo de Justicia, ha dejado claro: "representa una noción que cristaliza todas aquellas normas de interés público que exijan observancia incondicional, y que no son derogables por disposición privada. La indicación de estos signos característicos del concepto de orden público, esto es, la necesidad de la observancia incondicional de sus normas, y su consiguiente indisponibilidad por los particulares, permite descubrir con razonable margen de acierto, cuando se está o no en el caso de infracción de una norma de orden público"[14].

Podríamos, precisando el concepto de orden público, decir con el Tribunal Supremo de España[15], que son los principios jurídicos, públicos y privados, políticos, morales y económicos, absolutamente obligatorios para la conservación del orden social de un pueblo y en una época determinados. Estos principios, aún cuando pueden variar de pueblo en pueblo y de época en época tienen, por ser principios esenciales, vigencia y permanencia en el tiempo.

14 Sentencia No. 135, del 22 de mayo de 2001. Sala de Casación Civil, expediente 99-073.
15 Sentencia del 31 de diciembre de 1979, citada por Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón.

En cuanto a las buenas costumbres, podríamos decir que son el conjunto de hábitos, practicas o inclinaciones observadas de manera constante y uniforme por el grupo humano en un lugar y momento determinado y, que sirven de fundamento a la sociedad y a sus instituciones y sin las cuales, la convivencia humana resultaría caótica o desordenada y carente de valores morales y éticos.

Las normas en cuya observancia no están interesados el orden público o las buenas costumbres y que, en consecuencia, sí pueden ser derogadas o relajadas (desaplicadas) en casos particulares, por voluntad de las partes involucradas en la relación, se han denominado normas dispositivas. Estas se clasifican a su vez en interpretativas si tienen por objeto esclarecer o desentrañar la voluntad manifiesta de los particulares; y supletorias si, ante la falta de manifestación de voluntad de los particulares, fijan ciertas pautas de conducta, es decir, suplen esa voluntad no manifiesta. Frente a ellas, los particulares, tienen entera libertad para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir sus relaciones jurídicas aún cuando eso implique la inobservancia o desaplicación al caso particular de las normas.

Una misma ley, por ejemplo, el Código Civil está integrado por normas taxativas, es decir, de incondicional y obligatorio cumplimiento, por lo general las que tienen que ver con la familia y sus instituciones, y que se clasifican en preceptivas o prohibitivas, según contengan como su nombre lo indica, un precepto a manera de afirmación, o una prohibición a manera de negación, y por normas dispositivas, por lo general, las que regulan el patrimonio, y que pueden convenir los particulares desaplicar en un caso particular. El orden público y las buenas costumbres vienen entonces a limitar el principio de la autonomía de la voluntad.

VIII. La Crítica del Derecho

Resolver jurídicamente una situación de la vida real, zanjar -al menos desde el punto de vista legal- una diferencia entre particulares, exige en primer lugar determinar claramente los hechos y, posteriormente, determinar la existencia de una norma jurídica aplicable al caso concreto para, aplicando un silogismo, subsumir el hecho de la vida real en esa fórmula jurídica que llamamos norma y aplicarle la consecuencia o sanción

en ella misma prevista. A la determinación de la existencia de la norma, se le conoce como crítica del Derecho. Solo cuando no conseguimos una norma precisa en la ley debemos, por imperio del artículo 4 del Código Civil, ya antes citado, recurrir a la analogía de la ley y a los principios generales del Derecho. La determinación exacta de la solución aplicable, sea que provenga esta directamente de la ley, de la analogía de la ley o de la analogía del Derecho, es tarea de la crítica.

Una vez determinada la "fórmula" para resolver el caso particular, es necesario examinar la legitimidad o constitucionalidad de la misma.

IX. Legitimidad de la ley

La cúspide de nuestro ordenamiento jurídico es la Constitución Nacional y a ella deben estar supeditadas todas las normas. Así debe ser y, de ordinario, así es. Sin embargo, pueden por variadas razones presentarse casos en los que una norma colida con principios establecidos en la Constitución y en este caso no debe aplicarse la norma por inconstitucional.

El juez de mérito tiene, por mandato de la Carta Magna[16], que abstenerse de aplicar, como solución a un caso concreto, cualquier norma que estuviera en colisión o contradicción con principios constitucionales, aplicando con toda preferencia la norma de la Constitución. Esta decisión del juez, de carácter particular, es decir, sólo aplicable al caso concreto, no invalida ni anula la norma, pues el juez no tiene competencia para ello, se limita a no aplicarla por considerarla inconstitucional. El Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, es quien tiene la prerrogativa de declarar la nulidad por inconstitucionalidad de una ley, con efectos generales, es decir, frente a todas las personas[17].

X. La Interpretación del Derecho: Concepto, métodos y resultados

La locución latina "*interpres*" proviene del griego "*meta fraxtes*" y se refiere a aquel que se coloca entre dos o más personas durante un

16 Artículo 334 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. 1999.
17 Artículo 266 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. 1999.

dialogo y que asume la función de dar a entender a cada uno de los comunicantes lo que el otro quiere decir o está diciendo. Es este el sentido que le damos hoy día a "interprete", es decir, a aquella persona que se ubica entre dos sujetos que hablan diferentes idiomas y que procura hacer entender a cada uno de ellos lo que el otro quiere decir. Metafóricamente hablando, el intérprete del Derecho procura hacer entender, a aquel que tiene la función de aplicar el Derecho a unos hechos que previamente ha determinado, lo que el mismo Derecho quiere decir. Podríamos afirmar que *interpretar* es establecer el sentido que debe dársele en Derecho a una norma o fórmula jurídica.

El legislador, es decir, quien está investido de la competencia para dictar las leyes, sea este unipersonal como en el caso del Rey o colegiado como en los estados modernos, el Parlamento, no puede prever todas y cada una de las situaciones que, en una convivencia humana de por sí compleja, se pudieran presentar. Como bien lo dice Bonnecase[18], nadie puede sostener actualmente que el legislador posea un don de previsión ilimitada. Su función le permite, solamente, dictar normas generales en las cuales deberían poderse subsumir, de manera mas o menos clara, la mayoría de las situaciones cotidianas. Ahora bien, estas fórmulas generales requieren, precisamente para su aplicación adecuada, desentrañar su sentido y entender la extensión y alcance que, en Derecho, debe dárseles. A esa función la llamamos *interpretación del Derecho*.

Decían los latinos: *"Claris non fit interpretatio",* o lo que es igual a: "Lo que está claro no requiere interpretación" y *"Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*", es decir, "Donde la ley no distingue, no debe distinguir el intérprete". Estos preceptos latinos, que sí bien, por contrario imperio, admiten la interpretación en caso de normas ambiguas, por excesivamente rigurosos, deben ser atemperados en nuestros tiempos modernos. Una norma, aparentemente clara, podría generar inconvenientes a la hora de su aplicación que exijan desentrañar su sentido. Para entender mejor, recurramos a un ejemplo clásico en el Derecho.

Le encomiendan a usted la tarea, aparentemente sencilla, de cuidar la puerta de la Universidad. Quien le da las instrucciones básicas (para

18 Julien Bonnecase: *Tratado Elemental de Derecho Civil.* Editorial Pedagógica Iberoamericana. 1995, p. 66.

una labor tan simple, no debería requerirse ni experiencia ni instrucción específica previa), le muestra su lugar de trabajo en el que ondea un aviso contentivo de una norma, aparentemente muy clara y sencilla: "No se permite la entrada a perros". Sin embargo, le explica que, previamente alumnos han ingresado con perros a la universidad, pero los perros, interfieren en el proceso enseñanza-aprendizaje que se desarrolla pues ladran y hacen ruido; asustan y hasta muerden a los alumnos; hacen sus necesidades en sitios inapropiados; algunos generan malos olores, en definitiva, son indeseables en nuestra Universidad y, para evitar problemas, se decidió prohibir su ingreso y, usted debe limitarse a aplicar esa sencilla y clara norma. Considerando haber entendido, asume usted sus funciones como portero y, a los pocos minutos, se presenta un alumno invidente acompañado de su perro lazarillo. El portero (usted) le explica al alumno que no se permite la entrada a perros pues estos "ladran y hacen ruido; asustan y hasta muerden a los alumnos; hacen sus necesidades en sitios inapropiados; algunos generan malos olores, en definitiva, son indeseables en nuestra Universidad…". El alumno discapacitado, con toda la paciencia, le explica a usted que su perro está debidamente entrenado para una función de acompañamiento, que para él, dada su condición, es una necesidad el uso del animal y que su perro no ladra; no hace ruido; no asusta ni muerde a los demás alumnos, ni tampoco a los profesores o empleados de la Universidad; y que hace sus necesidades en sitios y tiempos apropiados, y no genera malos olores, por otra parte, le explica que la Ley para Personas con Discapacidad[19], en su artículo 33, prevé que las personas en esas condiciones que tengan como acompañantes y auxiliares animales de apoyo y servicio, entrenados, debidamente identificados y certificados como tales, tienen derecho a que permanezcan con ellos y las acompañen a todos los espacios y ambientes donde se desenvuelvan, y que, según la misma ley, por ninguna disposición privada o particular puede impedirse el ejercicio de este derecho… Vaya dilema, ¿cierto?

No obstante, aún sin resolver el problema que, en su primer día de un trabajo tan simple se le ha presentado, llega otro alumno con intención de ingresar a la Universidad pero acompañado de su mascota, en este caso un felino salvaje. Usted le impide el acceso a los espacios de la Universidad y le dice que resulta evidente que, ese animal, interfiere en el proceso enseñanza-aprendizaje que se desarrolla en la universidad

19 Publicada en la Gaceta Oficial No. 38.598 del 15 de noviembre de 2006.

pues ruge y hace ruido; asusta; puede morder; herir y hasta matar a cualquiera de los alumnos; hace sus necesidades en sitios inapropiados; genera malos olores (apesta), en definitiva, es indeseable en nuestra Universidad. El alumno, también con paciencia, asiente y acepta, por ser cierto, todo lo que usted, portero de la Universidad, le ha dicho, pero le argumenta que, evidentemente, su mascota no es un perro y que la norma o fórmula que usted pretende aplicar es clara: "No se permite la entrada a perros", por tanto, él y su adorable mascota tienen Derecho a ingresar a la Universidad… ¿A pocas horas de haber empezado su primer día de trabajo, y ya con ganas de renunciar?

Lo único que, hasta ahora tenemos claro es que la norma que nos vendieron como clara, no es tan clara. Necesita ser interpretada.

La escuela histórica del Derecho procuró, en su momento, imponer que la ley, o la norma, tenía distintos sentidos que variaban con el tiempo y que el intérprete tenía la función de fijar, en cada caso y en cada época, el alcance de ella de conformidad con el estado social presente. Esta posición puede conducir a una situación de incertidumbre e inseguridad jurídica extrema pues, podría el intérprete, cambiar caprichosamente el sentido a la norma aduciendo que ha cambiado la época y el estado social.

Por otra parte, en el extremo opuesto, la escuela exegética del Derecho, pretendía que la ley debía tenerse como omnipotente, con una fuerza de expansión indefinida, y que el intérprete lo único que puede hacer es *descubrir* el sentido de la propia ley.

Nuestro Código Civil, en su artículo 4, encabezamiento, expone:

> **Artículo 4.** A la ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador…

Reconoce entonces nuestra ley que, debemos atenernos al significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí, es decir, el sentido literal de la norma, pero sin dejar a un lado la *intención del legislador*, lo que significa una aprobación expresa a la interpretación jurídica pero limitada por el descubrimiento de la *intención del legislador*

para evitar caer en excesos caprichosos que puedan conllevar a la inseguridad jurídica.

Ya lo decía Savigny, citado por Díez-Picazo y Gullón[20] que interpretar es colocarse en el punto de vista del legislador y repetir artificialmente la actividad de este, o como decía Winschied, también citado por los mismos autores, es la fijación del sentido que el legislador ha unido a sus palabras para penetrar en el alma de este último.

Sin embargo, aún cuando nuestro Código consagra expresamente, al igual que Savigny y Winschied, que debe tenerse en cuenta la *intención del legislador*, la doctrina moderna asegura que una vez ha sido promulgada la ley, constituye un objeto nuevo, separado de su autor, y con una existencia objetiva, por tanto, más que atenerse a la voluntad del legislador, debemos atenernos a la propia *voluntad o intención de la ley*. La voluntad del legislador se ha hecho ley, dejando atrás a su propio autor, y debemos tener en cuenta la intención de ese texto legal y no la del legislador que ha quedado en el oscuro pasado y que, por cierto, también está sometido a su creación.

En uno u otro caso, sea que tratemos de *descubrir* la *voluntad del legislador* o la *voluntad de la ley*, no estamos hablando de una labor antojadiza o arbitraria que permita consolidar la fantasía del intérprete. La interpretación - hermenéutica - debe considerar *elementos* unánimemente reconocidos por la doctrina, aunque si bien es cierto, de acuerdo a la posición que asumamos ponderaremos unos más que otros. Por ejemplo, si buscamos la *voluntad del legislador* debemos darle prioridad al *elemento histórico*, para conocer lo que pasaba en su momento y *"repetir artificialmente su actividad"*, mientras que si pretendemos descubrir la *voluntad de la ley*, debemos priorizar el *elemento teleológico, lógico o racional y el sistemático*. Estos *elementos de la interpretación*, aceptados y reconocidos desde Savigny, son el *literal, filológico o gramatical, el histórico, el sistemático y el teleológico, lógico o racional*.

a. Elemento literal, filológico o gramatical: Impuesto como punto de partida por el artículo 4 del Código Civil,

20 Obra citada, p. 164.

ya antes citado, constituye el sentido propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y de acuerdo a las normas (semántica o semiótica) que nos aporta el idioma oficial, es decir, el Castellano[21]. No debemos olvidar que el uso que el legislador da a ciertos términos es un uso técnico jurídico que, en algunos casos, podría marcar distancia del significado coloquial del mismo término.

b. Elemento histórico: se pretende con este elemento conocer la situación imperante para el momento que se sancionó la norma, es decir, su causa y razón de ser, la situación o problemática que esa norma trató de solucionar o prever. Para conocer este elemento es válido recurrir a los proyectos o anteproyectos, a las exposiciones de motivos y otros trabajos parlamentarios que, de seguro, habrán dejado plasmada esa realidad histórica. Este elemento nos ayudaría a conocer la respuesta a la pregunta ¿Por qué de la norma?

c. Elemento sistemático: Debemos entender que la norma que pretendemos interpretar no es una construcción gramatical aislada, por el contrario, forma parte de un sistema, el texto del cual la hemos extraído y este texto o ley, a su vez forma parte de un sistema aún mayor como lo es el ordenamiento jurídico. Quiere decir esto que no podemos acoger separadamente una o varias palabras de la norma, sino que debemos considerar la proposición entera a través de la coordinación gramatical; pero todavía debemos ir más allá, debemos considerar esa norma como parte de una ley, por lo tanto, su ubicación en esa ley, título, capítulo o sección nos revelarán aspectos importantes pero quizás implícitos de la norma y, para concluir, debemos entender que esa ley de la que forma parte la norma que pretendemos interpretar, es a su vez una pieza del ordenamiento jurídico al cual debe su razón de ser y su existencia y que, por ello, debería estar en sintonía con ese sistema global de normas al que llamamos ordenamiento jurídico.

21 Ver artículo 13 del Código Civil.

d. Elemento teleológico, lógico o racional: aplicando las reglas de la sana lógica deberíamos poder llegar a conocer la *razón* de la norma. Razón que debe ser, hablando de lógica jurídica, *justa*. Se pretende evitar el absurdo, conociendo la razón que haya tenido el legislador para regular, de una manera determinada y justa un caso específico. Respondería este elemento a la pregunta del para qué esa norma. Descubrir este elemento precisa de la ayuda de todos los elementos anteriores, principalmente el histórico.

El fin de la interpretación es obtener un resultado que puede ser *declarativo*, si llegamos a la conclusión, de que el texto literal de la ley coincide perfectamente con la intención del legislador, o con la intención de la ley, según la posición que asumamos. En este caso el texto de la ley coincide con lo que quiso decir el legislador o con lo que debería querer decir ella misma; o puede ser *rectificador* si arribamos a la conclusión de que el texto de la ley difiere de la intención del legislador o de la intención de la ley. El resultado *rectificador* puede ser, a su vez, *extensivo* o *restrictivo.* Es *extensivo* cuando se determina que el legislador dijo menos de lo que tenía intención de decir, por tanto, el intérprete considera necesario ampliar o extender lo que dijo; es *restrictivo* cuando concluimos que el texto de la ley dice más de lo quería decir y, por tanto, debemos restringir el texto de la ley.

Nuestro trabajo, como porteros de la Universidad, nos ayudará a entender estos conceptos. Pienso, querrá usted, aplicando la justicia pero sin infringir la norma, permitirle el acceso a su compañero invidente, por supuesto, acompañado de su perro lazarillo. En este caso usted, apoyándose en los elementos antes mencionados, fundamentalmente en el *histórico* y en el *filológico, lógico o racional*, interpretaría la norma y llegaría a un resultado *restrictivo*, es decir, concluiría que el legislador, cuando dijo "perros" no quiso referirse a todos los perros sino sólo a aquellos que interferían el proceso enseñanza aprendizaje. ¿Cómo llegamos a esta conclusión?, ¿Por capricho o arbitrariamente? No. Apoyándonos, como dijimos, en el elemento *histórico* podemos entender que la norma fue dictada porque algunos alumnos estaban llevando sus mascotas, principalmente perros, a la Universidad y esto, obviamente, afectaba el desenvolvimiento de las tareas normales, pero

en este caso el perro lazarillo, amén de ser una necesidad para su amo, no afectará las tareas rutinarias, por lo que deberíamos permitir su acceso; y con el apoyo del elemento *filológico, lógico o racional*, que nos ayudará a responder a la pregunta de para qué la norma, llegamos entonces a la conclusión de que esa norma se dictó para evitar interferencias al proceso enseñanza-aprendizaje y, toda vez que el perro lazarillo no va a interferir ese proceso, podemos permitirle el acceso sin violar el espíritu de la norma (aún cuando, como resultado de la interpretación, no apliquemos literalmente la misma).

Pero, todavía tenemos un problema por resolver, el del alumno con su felino salvaje de mascota. Imagino que pensará usted, igualmente aplicando la justicia pero sin infringir la norma, impedirle el acceso a la mascota de su compañero. ¿Cómo hacerlo? Paradójicamente puede hacerlo, y esa es una de las ventajas y a la vez dificultades del Derecho, utilizando la interpretación fundada en los mismos elementos, veamos. Si la intención de la norma (o del legislador) es permitir el adecuado desenvolvimiento de las actividades universitarias, sin interferencias ajenas, obviamente, permitir el ingreso de una mascota como esa interferiría con esa intención. En este caso, arribaríamos a un resultado extensivo de la ley. El legislador dijo "perros" pero no porque tuviera algo en contra de los canes, lo dijo porque en ese momento era la situación de hecho que se le había presentado, sin embargo, quiso decir, más que perros, cualquier mascota que pudiera afectar el desarrollo de las actividades. Obviamente, el felino salvaje, encuadra perfectamente en ese concepto, por tanto, aplicando *extensivamente* la ley, sin violar el espíritu de la misma, debería usted impedirle el acceso a la Universidad.

Claro, podríamos decir, que hubiera sido más fácil si el legislador hubiera expresado desde el principio, "Prohibido el acceso a mascotas" pero, ya lo dijimos, el legislador no tiene el don ilimitado de la previsión. La situación que se le había presentado era con perros y no pudo prever que a uno de los alumnos se le ocurriera tener como mascota a un felino salvaje, y, con toda seguridad de que si el previsivo legislador hubiere dicho mascotas, a alguno de los alumnos se le ocurrirá algún día traer un perro-robot que, obviamente, no encuadraría en la categoría de mascotas.

Capítulo 2

La Codificación[1]

SUMARIO

I. Generalidades. II. Ventajas e inconvenientes. III. Etapas de la codificación moderna: El Código Civil de Napoleón de 1804 o Código Civil Francés. IV. El Código Civil Alemán (BGB). V. La codificación en Venezuela: Evolución histórica. VI. El Código Civil vigente: Filosofía que lo inspira e innovaciones. VII. Estructura.

I. Generalidades

Podríamos decir que el resultado de la codificación, es decir, el Código, es un conjunto sistemático y ordenado de las normas de una determinada rama jurídica que en un momento dado rigen un país, o el "Libro de leyes hecho por quien ejerce la autoridad política, dirigido a sus súbditos, dictado para estar vigente en el área sobre la cual se extiende aquella autoridad"[2]. Cuando hablamos de Derecho civil, el resultado de la codificación es y será un Código Civil. Dicho de otro modo diríamos que la codificación, en materia civil, es el proceso de creación del Código Civil. Antes del siglo XVIII, con algunas pocas excepciones, no se codificaba. Los Estados se limitaban, cuando lo hacían, a agrupar las normas de una determinada rama en un solo texto pero sin refundirlas ni analizarlas,

1 Sergio Campana Zerpa. Profesor de la Universidad Católica del Táchira. Correo electrónico: scampana@ucat.edu.ve

2 Jesús Quintero. Citando a Giovanni Tarello en *La interpretación judicial del Derecho: El legado de Hans Kelsen.* Dentro de la obra: Estudios de Derecho Civil. Vol II. Tribunal Supremo de Justicia. 2002.

sencillamente formaban una yuxtaposición de leyes ordenadas por criterios tan básicos como la materia que regían y, en algunos casos, sus fechas de entrada en vigencia. Al resultado de ese proceso se le llama *recopilación*. Con la ilustración y el racionalismo que imperó en Europa a partir del siglo XVIII, se dio un paso adelante y se instauró la *codificación* que va mucho más allá de una recopilación, por orden cronológico o sistemático, de las leyes vigentes; y que tiene por objeto la creación de un cuerpo jurídico nuevo integrado por leyes racionalmente ordenadas y asentado sobre principios armónicos y coherentes. Si bien la recopilación reúne todas las leyes en un solo texto, la codificación, estudia y sistematiza todas esas normas para, a partir de ellas, crear un cuerpo nuevo, evitando por supuesto, contradicciones, incoherencias y repeticiones inútiles. Podríamos decir, con Sánchez Roman[3], que un código es la reunión de todas las leyes de un país, o las que se refieren a determinada rama jurídica, presididas en su formación por una unidad de criterio y de tiempo.

La causa para codificar debería ser una sola, aunque diferentes las vías para haber llegado a ella. Se requiere codificar cuando, en un territorio determinado, rigen una misma rama del derecho, normas dispersas en el tiempo o en el espacio. Es decir, cuando las normas que regulan, en un país de derecho escrito como el nuestro, una rama jurídica, por ejemplo, el Derecho civil, no se encuentran en un solo texto o libro. Típicamente obedece esto a la natural evolución de la sociedad, y consecuentemente de las normas que la rigen. Es decir, el Derecho, como materia viva, evoluciona junto a la sociedad lo que obliga a dictar normas adecuadas a los tiempos. Históricamente movimientos de unificación política y geográfica, dieron como resultado la coexistencia en un mismo país de varias legislaciones por lo que, cuando no se podía -o no convenía- derogar tajantemente una de ellas, hubo necesidad de codificar para conjugar ambos sistemas. Sin embargo, afortunadamente, hoy día cada vez menos procesos violentos de unificación llegan a feliz término. Las recientes unificaciones como la europea, obedecen a razones muy diferentes y aún no llegan a sancionar leyes únicas que rijan en todos los países. Es posible que esta lógica evolución en el tiempo del Derecho vigente en un país haya sido acelerada por cambios, más o menos profundos, derivados de movimientos revolucionarios o seudo

3 Citado por Luis Díez Picazo y Antonio Gullón, op. cit, p. 37.

revolucionarios y, por ello, en poco tiempo existan muchas normas o leyes dispersas pero, insistimos, la razón para codificar es la misma, precisamente la existencia de un derecho escrito disperso.

Podemos entender mejor con un ejemplo que dibuja nuestra realidad nacional. La última reforma integral del Código Civil venezolano data de 1942, habiendo sido parcialmente modificado en 1982. Ahora, ¿la sociedad venezolana ha evolucionado desde 1982 hasta nuestros días? Por supuesto que sí. Y, ¿El Derecho civil venezolano ha evolucionado desde 1982 hasta nuestros días? La respuesta es también afirmativa, sin lugar a dudas. En los últimos años y, especialmente, desde la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, los cambios han sido muchos y algunos de ellos sustanciales. ¿Qué ha pasado entonces? Muy sencillo, las actualizaciones de leyes que regulan el ámbito civil se han plasmado en leyes especiales (aún cuando el Código Civil rige una materia específica, el Derecho civil, lo consideramos como una ley general pues regula, o pretende hacerlo, todo el Derecho civil), tales como la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA) o la Ley Orgánica de Registro Civil, por poner sólo dos ejemplos. Estas leyes especiales regulan parte del Derecho civil, incluso contradicen y derogan, expresa o tácitamente, normas del Código Civil de 1982.

Si hoy día quisiéramos -labor por cierto suficientemente justificada- adelantar una codificación en nuestro país, y actualizar el Código Civil, tendríamos en el Código Civil, o lo que queda vigente de él, y en esas normas dispersas la causa y la materia para el proceso codificador. Deberíamos refundir todas esas normas en un solo texto (el nuevo Código Civil), sistematizándolas y ordenándolas, evitando contradicciones y repeticiones inútiles y, en lo posible, sustituyendo normas casuísticas por reglas generales de amplia aplicación. Obviamente, la evolución no se va a detener con nuestro nuevo Código. Va a continuar y, por razones de dinámica social, no vamos a poder, cada vez que se imponga una nueva reforma o actualización normativa, lo cual de seguro va a ser en muy poco tiempo, dictar un nuevo Código Civil, debiendo recurrir a la sanción de leyes especiales que, algún día, junto con el Código Civil o la parte que, para entonces, quede vigente de él, serán la causa y materia de una nueva codificación.

II. Ventajas e inconvenientes

Sintetiza, el profesor Aguilar Gorrondona[4], de manera muy clara las presuntas desventajas de la codificación, cuando cita al máximo representante de la Escuela Histórica del Derecho, Federico Carlo Von Savigny, quien denunciaba, como inconvenientes de la codificación que ésta favorecía la creencia de que el legislador era omnipotente, restando importancia a las otras fuentes del Derecho; y que regulando o pretendiendo regular *todas* las áreas de una rama jurídica determinada, al cambiar la realidad social, como sucede casi a diario, el Código perdería vigencia. Podríamos hoy, con el conocimiento de la evolución histórica de nuestro Derecho civil, contra argumentarle al profesor Savigny –con el debido respeto y guardando la abismal distancia- que, por disposición expresa del mismo Código Civil[5], la ley es la única fuente formal directa del Derecho civil venezolano, por tanto, la omnipotencia del legislador no es una mera creencia, es una realidad con sustentación legal. Por otra parte, los cambios producto de la evolución social pueden ir incorporándose mediante leyes especiales que, de ser necesario, pueden derogar principios contenidos en el Código Civil. En el momento que hayan sido promulgadas suficientes leyes y que, por esa razón, el Derecho civil se encuentre de tal forma disperso que su estudio y conocimiento se haga difícil, procederemos nuevamente con un movimiento codificador que reúna, ordene y sistematice, hasta que los cambios sociales sean otra vez significativos, esas leyes y normas dispersas. Si la evolución es constante, también ha de ser constante la codificación. Frente a estas, con toda consideración y respeto, infundadas críticas es indudable que la codificación facilita el estudio y aplicación del Derecho al agrupar, ordenar y sistematizar las normas de una determinada rama, a la par que facilita la incorporación de cambios políticos y sociales.

III. Etapas de la codificación moderna: El Código Civil de Napoleón de 1804 o Código Civil Francés

Napoleón Bonaparte, cautivo en Santa Helena, sentenció: *"Mi verdadera gloria no está en haber ganado 40 batallas: Waterloo eclipsará el recuerdo de tantas victorias. Lo que no será borrado, lo que vivirá eternamente, es mi Código Civil"*

4 José Luis Aguilar Gorrondona: *Derecho civil I, Personas.* Caracas. Universidad Católica Andrés Bello, 2007.

5 Véase los artículos 4, aparte único, y 7 del Código Civil.

No estaba equivocado. Al menos hasta nuestros tiempos, su obra ha mantenido vida y vigencia, aunque, él mismo, sentenciaba de manera casi lapidaria; entendiendo que el Derecho es materia viva, *"habrá que rehacerlo dentro de treinta años"*.

Motivado por la Revolución Francesa, Napoleón, se propuso modificar las leyes civiles para lograr un doble cometido. Por una parte, unificar las legislaciones vigentes en su país. Para ese entonces, en Francia regían en el norte, por la inmediatez geográfica, las leyes franco germanas, fundamentalmente consuetudinarias, las cuales además tenían influencia de los países bajos; mientras que en el sur, también por razones geográficas, regía el Derecho romano, derecho escrito, proveniente del *Corpus Iuris Civilis*. Aunque, debemos aclarar que, según autores como Adhémar Esmein[6], coexistían, desde los siglos XI y XII, realmente cuatro sistemas jurídicos diferentes: La costumbre, el Derecho romano, la legislación de las ordenanzas reales y el Derecho canónico. Por otra parte, la revolución obligaba cambios que deberían tener sustento legal, sobre todo al propugnar la igualdad de todas las personas, eliminando normas aplicables por categorías de sujetos pasivos (por ejemplo, leyes para aristócratas, y leyes para campesinos) y protegiendo la propiedad privada individual de un eventual retorno al feudalismo. La mejor forma de hacer esto, a juicio de Napoleón, quien a pesar de no tener estudios formales de Derecho, sí provenía de una familia de juristas y se había formado empíricamente en nuestra ciencia, era sancionando un nuevo Código Civil para los franceses. Creía en las virtudes de una buena legislación para una buena administración del país.

Lograr su cometido, no le resultó nada fácil. Se le opuso el *Tribunado*, integrado en buena parte por antiguos "revolucionarios" que pretendían imponer un Código filosófico; le rechazaron estos el primer Título, respondiendo Bonaparte con el retiro –afortunadamente temporal, hasta la depuración del *Tribunado*- del conjunto del proyecto. Después de muchos tropiezos, finalmente en 1804, se logra concluir con su sanción y promulgación. No fue votado ni puesto en vigencia de una sola vez.

El Código Napoleónico, está formado por treinta y seis leyes que entraron en vigencia en un periodo de poco más de un año, entre el 5 de marzo de 1803 y el 25 de marzo de 1804.

6 Citado por Bonecasse, Op. cit., p. 29.

El Código Civil Francés, deliberadamente, más que fórmulas casuísticas, estableció reglas generales, máximas de Derecho, principios jurídicos, que permitían una amplia aplicación del Derecho en él contenido y es precisamente esa una de sus principales virtudes. Tan es así que hoy podríamos resolver, aplicando su articulado, problemas surgidos, por ejemplo, del tráfico automovilístico que, para esa fecha, eran impensables e imprevisibles.

El Código de 1804, Código de Napoleón o Código Civil Francés, logró su cometido en cuanto estabilizó y solidificó, con moderación y equilibrio, las conquistas de la Revolución Francesa. Se reconoce el uso, por parte de los redactores, de un lenguaje sencillo, claro y práctico entendible a todas las personas, aunque en algunos casos se le critica la carencia de términos técnico-jurídicos.

La influencia de este instrumento en el mundo occidental es innegable. Se impuso en Francia y, simultáneamente por razones obvias, en los territorios sometidos a su dominación (Bélgica, Luxemburgo y Holanda); el Código Civil Italiano de 1865[7], que entró en vigencia el 1 de enero de 1866, inmediatamente después de la unificación, lo tomó como inspiración y copió muy buena parte de sus disposiciones programáticas, incluso el sucesor de este (Código Civil Italiano de 1942) tiene una sensible influencia del Código de Napoleón. Países como Portugal, España, Egipto, Canadá, algunos Estados de la Federación Americana, y muchos estados suramericanos, guiaron sus legislaciones civiles gracias a los principios de éste.

A pesar del valor jurídico del Código Civil francés ya que, como bien lo apuntan los hermanos Mazzeuad[8], *"Un Código no detiene la evolución del Derecho, como tampoco un hombre detiene el curso de la historia; los Códigos, como los hombres, se inscriben tan sólo en el tiempo que pasa"*, continuó la evolución del Derecho Civil, y por supuesto, sucedieron a éste nuevos Códigos que, también, hicieron su aporte a la ciencia. Ya lo había dicho Portalis[9] en su discurso preliminar al Consejo de Estado en la presentación del Código Civil francés: *"las leyes, una vez redactadas,*

7 Este Código es fundamento y base del Código Civil venezolano de 1982, como se verá adelante.
8 Henri Leon y Jean Mazeaud: *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Primera, Volumen I. Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, p. 74.
9 Jean Etienne Marie Portalis: *Discurso Preliminar al Código Civil Francés*. Madrid. Civitas, 1997.

permanecen tal como han sido escritas. Los hombres, por el contrario, no descansan nunca; siempre actúan, y ese movimiento que no cesa nunca, y cuyos efectos son diversamente modificados por las circunstancias, produce a cada instante, alguna nueva combinación, algún nuevo hecho, algún resultado nuevo…"

IV. El Código Civil Alemán (BGB)

El 1 de enero de 1900, entra en vigencia en Alemania, el BGB (abreviatura, afortunadamente para nosotros, de su nombre completo en alemán: *Burgerliches Gesetzbutch*), consolidación del sistema jurídico de Savigny. Su sanción conllevó 26 años de estudios y preparación y se vendió como la actualización del Código Civil Francés, acusado para ese momento de anacrónico por los juristas alemanes. Procurando atacar lo que ellos calificaban como una desventaja, se preocuparon sus redactores por resolver cada dificultad al detalle utilizando un lenguaje jurídico de innegable profundidad. Inspirado por el Derecho romano, que había sido recibido incondicionalmente en Alemania desde el siglo XVI, pero renovado por las costumbres locales, y con una concepción más científica del Derecho, a la par de un espíritu más estatal, se logra un instrumento jurídico de innegable valor científico pero excesivamente casuístico y abstracto (soluciones particulares demasiado detalladas en lugar de fórmulas amplias y generales aplicables a muchos casos), y de difícil asimilación. A pesar de ello, su influencia desbordó las fronteras alemanas aunque no llegó, de manera directa, al Derecho civil venezolano.

V. La Codificación en Venezuela: Evolución histórica

Desde el siglo XVI los primeros territorios de la actual República estuvieron sometidos a la autoridad de la Audiencia de Santo Domingo, que estableció dos gobernaciones autónomas, la de Venezuela y la de Cumaná. En 1717 todo el territorio pasó a depender de la Audiencia de Santa Fe. En 1777 queda establecida y consolidada la autoridad e independencia de la Capitanía General de Venezuela.

Luego de proclamada la independencia de los realistas (5 de julio de 1811), el Congreso de Colombia de 1825, decretó que las nuevas leyes del Estado tendrían aplicación preferente a las leyes españolas pero -justificado

por la carencia de leyes criollas- que estas, es decir, las leyes españolas que nos regían hasta entonces, mantendrían plena vigencia en todo en cuanto no se opusieran a las nuevas leyes que, poco a poco, se fueran sancionando. Además estableció el orden de preferencia de esas leyes españolas de la siguiente manera:

1. Las pragmáticas, Cédulas, Órdenes, Decretos y Ordenanzas dictadas durante el reinado de Fernando VII.

2. La recopilación de Indias. Promulgada por Carlos II en 1680, y que era una recopilación en sentido amplio de todas los textos legales impuestos a los territorios americanos por el Rey, el Consejo de Indias, La Casa de Contratación, los Virreyes, y las Audiencias.

3. La nueva recopilación de Castilla.

4. Las siete partidas. Ordenación jurídica de la baja edad media castellana obra de Alfonso X, recopilada entre los años 1250 y 1280. Constituyó la unificación de la legislación para ese entonces vigente en España basada en los Derechos romano y canónico.

Un año después de separada Venezuela de la Gran Colombia, el Congreso de 1830, además de dictar la Constitución y confirmar a José Antonio Paéz en la presidencia de la República, ratificó también la vigencia de las leyes españolas, pues aún no se habían dictado leyes suficientes en Venezuela.

Es sólo hasta 1835 cuando el Congreso ordena la redacción de leyes nacionales. Sin embargo, fue en 1862 cuando el profesor Julián Viso finalmente presenta un proyecto de Código Civil inspirado en el Código de Bello[10], en las antiguas leyes españolas y en el Código Napoleón. Este fue promulgado en octubre del mismo año con vigencia diferida a partir de enero de 1863. No se tienen noticias de su verdadera aplicación, pues el

10 Código Civil chileno, obra de nuestro Andrés Bello y que ha estado vigente desde 1857 con algunas ligeras modificaciones. Consiguió, al igual que muchos otros, su inspiración en el Código Napoleónico.

Decreto de Falcón (1863/64) derogó todas las leyes dictadas por el gobierno central.

En 1864 se nombró la Asamblea Nacional que designó presidente a Falcón, impuso la federación de 20 estados y dictó una nueva Constitución, nombrándose de inmediato una comisión para que redactara el nuevo Código Civil, sin que se haya conocido fruto alguno.

En 1867 se promulgó un Código Civil venezolano inspirado, o mejor "copiado", del Código Civil para entonces vigente en España (García Goyena). Su desadaptación a la realidad venezolana causó gravísimos inconvenientes y constituyó un verdadero retroceso en nuestra legislación.

Antonio Guzmán Blanco en 1873 promulga un Código Civil radicalmente nuevo, inspirado en el Código Civil Italiano de 1865 (cuyos lineamientos y principios aún tienen vigencia en Italia). Introdujo este código el matrimonio civil, único reconocido por la Ley, relegando a un segundo plano el matrimonio canónico. Al igual que el Código Civil de 1867, este Código Civil no se adaptó a la realidad sociocultural venezolana ocasionando los mismos problemas que el Código de 1867 (no se regulaba la filiación paterna, situación desde siempre muy frecuente en nuestro país; se establecía el matrimonio por ministerio de la ley, etcétera).

En 1880 el mismo Guzmán Blanco promulga una reforma al Código Civil que procura, con poco acierto, adaptarlo a la realidad nacional.

En 1896 el Código Civil es objeto de una nueva reforma de adaptación nutriéndose de la jurisprudencia extranjera pero reconociendo la situación socio cultural de Venezuela, facilitando el matrimonio entre concubinos (regulando así una situación también muy frecuente en nuestra sociedad), y eliminando el matrimonio por ministerio de la ley, a la vez que actualizó algunas instituciones.

En 1904 se reforma el Código Civil manteniendo la base del Código Civil Italiano de 1865 pero se introduce la institución del divorcio civil que hasta ese momento no existía en Venezuela. El divorcio, conocido

desde Babilonia y para esa fecha vigente ya en muchos otros países de nuestro continente (Guatemala, Colombia, Panamá, El Salvador, etcétera) no era permitido en Venezuela y, según cuenta la historia, su introducción en la legislación venezolana obedeció más que a deseos de actualización o modernización, a la satisfacción de intereses personales de uno de los colaboradores inmediatos del para entonces presidente, General Cipriano Castro, gobernante que, por complacer a su ministro, debió asumir una férrea oposición de la iglesia Católica. El resultado significó un adelanto en el tiempo a las exigencias de una sociedad moderna que requería la posibilidad legal de la disolución del matrimonio.

En 1916 se promulga un nuevo Código Civil más parecido todavía al modelo Italiano de 1865 pero innovando en cuanto a la filiación paterna, celebración del matrimonio (concubinos, funcionarios autorizados para presenciarlo, etcétera), e incluyendo la justa equiparación de los hijos legítimos con los naturales en cuanto a la herencia de la madre.

En 1922, por razones que históricamente no están muy claras, nuevamente se experimenta un retroceso al eliminar la inquisición de la paternidad como posibilidad abierta y limitarla al caso de rapto. Por otra parte, se introduce el "mutuo consentimiento" como causal de separación legal.

En 1942 se promulga un nuevo Código Civil basado en el proyecto del 31, inspirado igualmente en el Código Civil Italiano del 1865, el cual había tomado como fuente inmediata el Código Napoleón de 1804. Este Código está actualmente vigente después de haber sido modificado parcialmente en 1982.

Sus principales innovaciones fueron:

1. Se estableció la presunción de comunidad concubinaria, permitiéndole a la mujer que había vivido en concubinato, siempre y cuando así lo demostrare, reclamar sus derechos patrimoniales.

2. Se permitió nuevamente la inquisición de la paternidad y se estableció, en casos de posesión de estado, la posibilidad de proceder contra los herederos para el reconocimiento.

3. Se concedió al hijo natural el derecho de heredar a su padre (50%).

4. Se "creo" la tutela del Estado.

VI. El Código Civil vigente: Filosofía que lo inspira e innovaciones

El 26 de julio de 1982 el Congreso de la República de Venezuela, sanciona la Ley de Reforma Parcial del Código Civil, publicada en la Gaceta Oficial No. 2990 y que, para el momento de la segunda edición de este manual, permanece vigente. Se trata, como se ha dicho, de una reforma *parcial* del Código de 1942, inspirado directamente en el Código Civil Italiano de 1865, e indirectamente por haberse a su vez inspirado este en aquél, en el Código Napoleónico. Su eje filosófico es la igualdad. Igualdad entre hombre y mujeres, entre hermanos, entre parientes. Pretendió esta reforma adaptar temporalmente aquellas instituciones que, provenientes en su mayoría del Derecho civil romano, apropiadas por el Código Civil Francés, e impuestas a nosotros por el Código Civil de 1942, habían perdido vigencia dados los cambios de la sociedad moderna, manteniendo siempre como norte la igualdad.

Sus principales innovaciones:

1. Se eliminó la necesidad de que la concubina probara su cooperación en la formación del patrimonio. De acuerdo al artículo 767, se presume la comunidad en el concubinato.

2. Se eliminó la discriminación de hijo natural. Todos los hijos son iguales ante la Ley y tienen los mismos derechos tanto familiares como patrimoniales en caso de muerte de sus padres.

3. Se exige, a partir de la entrada en vigencia de este Código, el consentimiento del cónyuge para vender o gravar activos de la comunidad conyugal. Se criticó inicialmente esta disposición argumentando incluso que atentaba contra la estabilidad del matrimonio porque las personas preferirían

no casarse. Afortunadamente esas críticas estaban muy lejos de la realidad y hoy es práctica común, necesaria por demás, que para comprometer los bienes de la comunidad conyugal, ambos cónyuges, manifiesten su consentimiento.

4. Se estableció la mayoridad a los 18 años. Hasta ese momento en nuestro Derecho se adquiría la mayoría de edad a los 21 años; paralelamente se eliminó la emancipación voluntaria existente hasta ese momento y que permitía que las personas entre los 18 y 21 años fueran voluntariamente emancipadas por sus padres con autorización del juez.

5. Se establece la igualdad jurídica del hombre y la mujer en las relaciones familiares, en el matrimonio y en el ejercicio de la patria potestad. Se elimina la obligación de la mujer casada de usar el apellido del esposo y se consagra la adición del apellido como una facultad.

VII. Estructura

Nuestro vigente Código Civil (1982) contiene un Título Preliminar, denominado “De las leyes, sus efectos, y de las reglas generales para su aplicación” con disposiciones básicas y fundamentales, a manera de introducción, contenidas en los primeros 14 artículos.

Desde el artículo 15 en adelante se inicia el Titulo I del Libro Primero del Código Civil, referido a “Las personas”.

A partir del artículo 525 se inicia el Libro Segundo que se denomina: “De los bienes de la propiedad y sus modificaciones.”

El Tercer Libro: “De las maneras de adquirir y trasmitir la propiedad y demás derechos”, comienza a partir del artículo 796 y termina en el artículo 1987.

Los artículos, desde el 1.988 hasta el 1.993, contienen disposiciones transitorias.

Finalmente, en los artículos 1.994 y 1.995 vamos a conseguir las disposiciones finales que se refieren a la vigencia del mismo Código.

Cada uno de los libros, está dividido en títulos y estos en capítulos; los capítulos en secciones y, las secciones, están conformadas por artículos. Por recomendaciones de técnica legislativa, cada artículo no debería tratar más de un supuesto de hecho. Algunos artículos, por su extensión, se dividen en numerales o en ordinales. Otros, también extensos, están conformados por varios párrafos. Reservamos para el primero de ellos la mención "encabezamiento" o "acápite". A partir de allí los podemos referenciar por apartes (el segundo párrafo, a nuestros efectos, sería el primer aparte). Al último de los párrafos lo referimos como "parte final" o "*In fine*".

Podemos conseguir distintas ediciones y presentaciones del Código Civil. Cada casa editorial transcribe la Gaceta Oficial y le coloca una u otra portada respetando el contenido (texto aprobado por el Congreso y publicado en la Gaceta). También hay algunos códigos que han sido comentados o concordados. En este caso, la doctrina, agrega a cada uno de los artículos del Código un comentario, una concordancia o una nota.

Capítulo 3

Las Personas[1]

SUMARIO

I. La persona. Etimología. II. La persona en el Derecho. Determinación de las personas en el Derecho antiguo y moderno. III. La persona como sujeto de derecho. IV. Noción de personalidad y capacidad jurídica como creaciones del Derecho. Relación entre conceptos. V. Clasificación de las Personas: personas naturales y personas jurídicas.

I. La Persona. Etimología

Hemos visto que las normas del ordenamiento jurídico están dirigidas al hombre, para regular la conducta de los individuos que viven en sociedad. Es, entonces, el ser humano el destinatario de esas normas, haciéndolo sujeto de derechos y obligaciones, otorgándole facultades e imponiéndole deberes.

Ahora bien, corresponde ahora preguntarnos ¿Qué hace al hombre ser un individuo al cual se le atribuyen derechos y se le imponen obligaciones, distinto -por ejemplo- de los animales y las cosas? ¿Qué implica que el ser humano sea ese destinatario de las normas? ¿Ese carácter del ser humano frente a las normas jurídicas deviene de su propia naturaleza o es una creación del Derecho? La respuesta a esas interrogantes,

1 Marjorie Patricia Mattutat Muñoz. Profesora de la Universidad Católica del Táchira. Correo electrónico: mmattutat@ucat.edu.ve.

en la actualidad, se encuentra en que el ser humano es considerado como "persona" y, como tal, único sujeto de derecho, lo cual se constituye la causa y, a su vez, el efecto de ser el destinatario de las normas jurídicas, de ser el centro de las imputaciones normativas.

El término "persona" deviene, etimológicamente, de los términos griegos *"prospora"* o *"prosopos"* (máscara), de las palabras latinas *"per"* y *"sonare"* (sonar fuerte, resonar) y de la palabra etrusca *"phersu"* (máscara de teatro), los cuales fueron utilizados para identificar las máscaras que eran utilizadas en la antigüedad por los actores de teatro para, a falta de micrófonos, hacer resonar y proyectar sus voces y para representar, tal vez por el mismo actor, distintos caracteres en una obra sin ser reconocido. De manera que el término "persona" deviene de la idea de representar un personaje o carácter, un individuo, único y distinto.

II. La Persona en el Derecho. Determinación en el Derecho antiguo y moderno

El término persona puede tomarse en varios sentidos. Desde el punto de vista de la Biología, persona es el ser viviente perteneciente a la especie humana. Desde el punto de vista de la Filosofía, persona es el ser racional, capaz de concretar sus fines, ser pensador con voluntad. Desde el punto de vista del Derecho, persona es el sujeto apto para ser titular de derechos y deberes jurídicos. También puede decirse, jurídicamente hablando, que la persona es todo ente que tiene la aptitud para figurar como sujeto activo (titular del derecho) o pasivo (obligado) en una relación jurídica, ya sea como individuo (unipersonal, persona individual) o como una colectividad (conjunto de personas-persona colectiva); de donde proviene la tradicional clasificación de las personas en *naturales*, hombre individualmente considerado a quien deviene la condición de persona de su propia naturaleza y *colectivas*, *morales* o *jurídicas,* conjunto de personas o de bienes a los cuales el Derecho reconoce como personas y los hace sujetos de derecho. Sobre la clasificación de las personas profundizaremos más adelante.

Se dice, entonces, que al Derecho interesa la persona en cuanto ente susceptible de llevar a cabo actos o de producir algunos efectos o consecuencias jurídicas. Otros aspectos del hombre, tales como su esencia

biológica o su condición de ser racional, pensador o su espiritualidad, son relevantes para otras ciencias como la Biología y la Filosofía o para la Religión, pero no para la ciencia jurídica[2]. Como veremos más adelante, esto es parte del fundamento que algunos doctrinarios toman para plantear otra forma de clasificación de las personas, sustituyendo la voz *persona natural* por *persona jurídica individual.*

Ahora bien, hoy es claro que para el Derecho todos los individuos de la especie humana son personas y, por tanto, susceptibles de ser titulares de derechos y deberes jurídicos. No obstante, históricamente, no siempre fue así.

Para el Derecho romano, no todos los hombres eran considerados como personas. Los esclavos, por ejemplo, al no ser hombres libres, no ostentar el llamado *status libertatis* (estado de libertad), no eran considerados personas, por el contrario, eran equiparados a las cosas, los objetos, pudiendo ejercer el *pater familia* o *dominus* (dueño) el dominio total sobre ellos, con absoluto poder de disposición para venderlos, cederlos o, incluso, matarlos. Por su parte, había quienes -aun cuando no llegaban a equipararse a las cosas, no se negaba su condición de persona- por otras circunstancias no tenían los mismos derechos que los demás, no gozaban de la misma capacidad para ser titulares de derechos o deberes jurídicos a la luz del Derecho civil romano. Así tenemos al extranjero, quien por no ser ciudadano romano, no ostentar el *status civitatis* (estado de ciudadanía) aun cuando sí era considerado persona y era libre, no era sujeto de derecho para el *ius civile* romano y veía bastante limitada su condición jurídica en la sociedad, y al hijo sometido a la potestad del *pater familia*, el *alieni iuris*, quien no obstante ser libre y ciudadano romano no ostentaba el *status familiae* (estado familiar) por estar sometido al régimen de potestad y no podía adquirir determinados derechos o no podía ejercitar los derechos de los cuales se le permitía ser titular por sí mismo.

2 Luis Recasens Siches: *Introducción al estudio del Derecho.* 5ta. edición. México. Editorial Porrúa S.A., 1979, p. 156, expone que lo que interesa al Derecho del hombre para considerarlo como persona jurídica no es toda su realidad en cuanto ser humano, sino «…aquella parte de su conducta externa y tipificada que está prevista y regulada en la norma jurídica (…) lo que tengo de entrañablemente individual, de único, de intransferible, de concreto, de irreductible a cualquier esquema abstracto, queda extramuros del Derecho (…) queda fuera de su regulación preceptiva…». De manera que, el hombre como persona natural es todo lo que éste significa en cuanto ser humano, mucho de lo cual escapa al ámbito del Derecho.

En el Derecho medioeval, estaba prevista la posibilidad de que el individuo perdiera, bajo determinadas circunstancias, la titularidad de una serie de derechos de carácter patrimonial o personal, equiparándose a la pérdida de derechos por causa de muerte. Esto fue lo que se conoció como la muerte civil del individuo y que fue prevista en el Código de Napoleón para quienes pertenecían al orden sacerdotal y para aquellos a quienes se les imponían ciertas sanciones por la comisión de delitos (reos condenados a muerte, a trabajos forzados o a deportación) cuyas principales consecuencias eran: la apertura de su sucesión, la disolución del matrimonio, la pérdida total de derechos políticos y la pérdida parcial de derechos civiles[3]. De manera que estos sujetos veían bastante disminuida su condición de persona para el Derecho.

En el Derecho moderno han sido superadas esas limitaciones al reconocimiento del ser humano como persona. Hoy día todos los individuos de la especie humana son considerados personas, sin vacilaciones, en todos los ordenamientos jurídicos y, en consecuencia, todos somos sujetos aptos para ser titulares de derechos y deberes jurídicos. Dicho reconocimiento proviene de la llamada *dignidad* como atributo del ser humano y ello ha perfilado la moderna tendencia en el Derecho de reconocer la igualdad entre los hombres, equiparándolos ante la ley, con iguales derechos, igual condición jurídica, sin discriminaciones provenientes del sexo, la edad, la ciudadanía, la posición social o familiar, etcétera. Así, el hombre en tanto dotado de dignidad, debe ser regulado por el Derecho respetándole su condición de tal y atribuyéndole una serie de derechos que le son inherentes y que vienen necesariamente ligados con el reconocimiento de esa dignidad humana. En este sentido, Díez-Picazo y Gullón[4] exponen: *"La personalidad no es mera cualidad que el ordenamiento jurídico pueda atribuir de una manera arbitraria, es una exigencia de la naturaleza y dignidad del hombre que el Derecho no tiene más remedio que reconocer..."*. Asimismo, Francisco Hung[5] señala: "*... la dignidad del sujeto origina, como necesaria consecuencia, la posesión por parte de él, de ciertos bienes jurídicos que resultan directa e inmediatamente del hecho de "ser persona"...*". De allí el nacimiento de los llamados

---

3 Véase: Francisco Hung Vaillant: *Derecho civil I.* 3ra. edición. Caracas. Vadell Hermanos Editores C.A., 2006, p. 70.

4 Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho Civil.* Volumen I. 8va. edición, 2da. reimpresión. Madrid. Editorial Tecnos, S.A. 1994, p. 223.

5 Francisco Hung Vaillant: *Derecho civil I... op cit.*, p. 71.

derechos fundamentales o derechos de la personalidad que serán tratados en capítulos posteriores de este manual.

Por su parte, el reconocimiento de estas condiciones del individuo implica, a su vez, que es sólo el hombre el destinatario de las normas jurídicas. Es la persona, en tanto ser humano individual con voluntad o en conjunto, quien es sujeto de la norma que se crea para él y que sólo él puede acatar y cumplir. De allí que, como se dijo al inicio de este capítulo, el reconocimiento de la condición de persona en el ser humano es la causa y, a su vez, el efecto de hacerlo el centro de las imputaciones normativas. De manera que las normas no pueden ser ajenas a esa dignidad humana, deben dictarse en función de ella y ajustarse a ella y a sus atributos[6].

III. La Persona como sujeto de Derecho

El hombre, en tanto persona, es el destinatario de las normas jurídicas. Eso lo hace ser el "sujeto" del Derecho, es decir, el centro de las imputaciones normativas, ya sea porque se le tenga como **sometido** al Derecho (obligado a cumplirlo a acatarlo) o como **titular** de los derechos o potestades que las normas prevén para él[7]. Y ese reconocimiento del hombre como sujeto de Derecho, no es arbitrario, caprichoso, sino que deviene de sus condiciones naturales, como se vio en el punto anterior. Es el hombre, entonces, el único sujeto de derecho, ya que todos los hombres son reconocidos como personas en la actualidad.

No pueden considerarse como sujetos de derechos quienes no sean personas. En este sentido, nos dice Coviello[8]: "*…Donde faltan la voluntad y el interés humano, no hay derecho, ni sujeto de derechos…*". En consecuencia, no son sujeto de derecho las cosas, los objetos materiales del mundo exterior. Tampoco los animales, las plantas, pues aunque son

6 Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho Civil…* op cit., p. 223. Y, Luis María Olaso S.J.: *Curso de introducción al Derecho.* Tomo II. Introducción a la Teoría General del Derecho. 3ra. edición. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello, 1997, p. 258, señala: "…es esta consideración moral del hombre y de los grupos humanos, lo que permite asignarles la calificación jurídica de personas (...) únicamente el hombre, como individuo o en su conjunto, posee esa capacidad racional de gobernarse a sí mismo y de actuar en la vida mediante el ejercicio de su inteligencia y de su voluntad (…) A esta cualidad hace referencia el concepto de persona, para caracterizar al hombre desde el punto de vista jurídico-moral, diverso del aspecto biológico que también tiene…".

7 Luis María Olaso S.J.: *Curso de introducción al Derecho...* op cit., p. 258.

8 Nicolás Coviello: *Doctrina general del Derecho civil.* 4ta. edición. México. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, 1938, p. 156.

seres vivientes y como tales encuentran protección en normas jurídicas, tales normas no les atribuyen derechos y deberes, simplemente ofrecen protección de intereses humanos imponiéndole al hombre deberes jurídicos de cuidado, respeto, conservación, en tanto requiere de estos seres para sobrevivir, para satisfacer sus necesidades. Tampoco son sujeto de derecho el feto y el cadáver. A éstos el Derecho ofrece protección por la existencia de una vida humana y el interés en la expectativa de ser persona (feto) o por el respeto -moral y religioso- a lo que en vida fue un hombre (cadáver), pero no porque sean considerados personas.

Se concluye, entonces, que para que exista el derecho es indispensable la existencia del sujeto a quien le será atribuido ese derecho. No es relevante si el sujeto es individual (una persona) o si es un sujeto colectivo (varias personas asociadas o conjunto de bienes destinado a un fin), pues los intereses humanos que el Derecho protege y regula pueden concretarse en un ente individual o social-colectivo.

Por último, ser sujeto de derecho implica tener la posibilidad de ser el titular de los derechos y deberes jurídicos, es ser un ente apto para ser contemplado en la norma jurídica como destinatario de su contenido. Ser sujeto de derecho significa, entonces, tener la aptitud para ser titular de los derechos y deberes jurídicos, convertirse en el centro de las imputaciones normativas, es decir, tener *personalidad jurídica*, ya sea que el sujeto titular tenga la capacidad para gozar y ejercitar esos derechos directamente, por sí solo, es decir, goce de *capacidad jurídica* -de goce o de obrar- o no.

IV. Noción de personalidad y capacidad jurídica como creaciones del Derecho. Relación entre conceptos

Si como hemos visto, ser persona, sujeto de derecho es convertirse en un ente con personalidad jurídica, lo cual implica, a su vez, la posibilidad de ser titular de derechos y deberes jurídicos, podemos decir entonces que la *personalidad jurídica* es esa posibilidad, esa expectativa de ser el titular de esos derechos y deberes, es decir, es llenar o cumplir con los requisitos o condiciones que son necesarios para llegar a ser ese titular; que el ente (individual o colectivo) tenga la aptitud para que los derechos y deberes jurídicos recaigan en él y se convierta, entonces, en su titular.

Esos requisitos o condiciones se consideran plenamente cumplidos, como se ha dicho, para todos los individuos de la especie humana, hoy reconocidos como persona en todos los ordenamientos jurídicos pero, también, en otros entes de carácter colectivo (agrupación de personas o de bienes) a los cuales el Derecho también llega a reconocerles ese carácter de persona, pues el hombre, en la búsqueda de la satisfacción de sus necesidades y su desarrollo integral no se aísla, por el contrario, se agrupa, busca la ayuda de otros hombres, actúa en conjunto con sus semejantes para el beneficio de todos o agrupa bienes que estarán destinados a una finalidad específica y el Derecho -no ajeno a esa realidad- ha reconocido y regulado esas agrupaciones y les ha otorgado el carácter de personas colectivas, sin que ello contradiga el hecho de que sólo el hombre es el sujeto de derecho. En este sentido la opinión de Coviello[9], quien señala que los derechos pueden recaer en una persona o en una multiplicidad de personas, porque los intereses humanos pueden materializarse a través de una fuerza individual o social; en el caso de tratarse de una multiplicidad de personas, el Derecho hace abstracción de ese hecho y los trata como una unidad, en base a la unidad del fin, de los medios y la comunidad de intereses, pero sin que por ello se desvirtúe la noción de que sólo el hombre es persona.

De estas afirmaciones y de lo dicho en puntos anteriores, se concluye que la noción de personalidad jurídica, esa posibilidad de ser titular de derechos y deberes jurídicos es obra del Derecho, es un concepto eminentemente jurídico, no filosófico, no biológico, no moral, es una noción que deviene de regulaciones jurídicas, de preceptos normativos, contemplados en normas jurídicas; pues aun cuando la atribución de esa personalidad jurídica sea producto del reconocimiento de realidades naturales humanas (como la condición de persona del ser humano) y tal vez tenga un fundamento, también, filosófico o moral, no es otra cosa que eso: un reconocimiento por parte del Derecho, es una construcción jurídica que parte del reconocimiento de realidades humanas. Por ello se dice que la personalidad jurídica es creación del Derecho. Ésta es la postura que nace con Savigny y es luego versionada y perfilada por otros estudiosos del Derecho como Ferrara, Coviello y seguida, también, por la doctrina latinoamericana y nacional[10].

9 Nicolás Coviello: *Doctrina general…* op cit., p. 156.

10 Ferrara señala: el hombre es persona por obra del Derecho, aun cuando su cualidad natural como ente racional y con voluntad sean la base para que los ordenamientos jurídicos civilizados reconozcan a

Por su parte, la *capacidad jurídica* ha sido tradicionalmente definida como la "medida de la aptitud" para ser titular de derechos y deberes jurídicos. Si, según lo visto, la *personalidad jurídica* responde a la pregunta **¿quién es o puede llegar a ser titular de los de derechos y deberes?** La *capacidad jurídica* responde a la pregunta **¿de cuáles derechos y deberes es titular el sujeto?** es decir, qué derechos y qué deberes están en su esfera jurídica, cuáles le pertenecen, de cuáles goza y cuáles puede ejercer. Por ello, se dice que la capacidad es siempre sinónimo de medida, de grado, de cantidad. Y es, al igual que la personalidad, una categoría jurídica, obra del Derecho como presupuesto para tener determinado derecho o para poder ejercitarlo, hacerlo valer. De allí la tradicional clasificación de la capacidad *de goce*: como la medida de la aptitud para gozar, ser titular de derechos y deberes y *de ejercicio o de obrar:* como la medida de la aptitud para ejercer, hacer valer -por sí solo- los derechos de los cuales se es titular[11]. Sobre la noción de capacidad jurídica y su clasificación se profundizará en temas posteriores de este manual.

Ahora cabe preguntarse ¿qué relación existe entre estos conceptos de personalidad y capacidad jurídica con el de persona? y ¿qué relación podemos encontrar entre el término persona y otros conceptos como el de sujeto y objeto de derecho? Damos respuesta esas interrogantes así:

a. Persona y personalidad jurídica: persona es quien es reconocido por el Derecho como apto para ser titular de derechos y deberes jurídicos, de manera que es el ente (individual o colectivo) con personalidad jurídica. En consecuencia, una presupone la existencia de la otra: se es persona porque se tiene personalidad jurídica y si se tiene personalidad jurídica es porque se es

todos los hombres la personalidad, lo cual no obsta para que el Derecho reconozca esa personalidad en otras realidades. Citado por Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho Civil…* op. cit., p. 619. Asimismo, Luis Recasens S.: *Introducción…* op. cit., p. 153 señala: "…la personalidad jurídica, tanto por lo que se refiere al individuo como al ente colectivo, no es una realidad, un hecho, sino que es una *categoría jurídica,* un producto del Derecho, que éste puede ligar a diferentes sustratos (…) es la *forma jurídica de unificación de relaciones.* Y puesto que las relaciones jurídicas son relaciones humanas, y el fin de ellas es siempre la realización de intereses humanos, la personalidad no sólo se concede al hombre individual, sino también a colectividades o a otro sustrato de base estable…".

11 Parte de la doctrina considera dicha clasificación como inexacta, pues goce implica, igualmente, ejercicio y ambas palabras refieren a hechos concretos y no a una potencialidad, debiendo sustituirse por la de *capacidad de derechos* y *capacidad de obrar.* En ese sentido, Nicolás Coviello: *Doctrina general…* op. cit., p. 158.

persona. Por ello, por ejemplo, los objetos no son considerados personas: no tienen personalidad.

b. Persona y capacidad jurídica: teniendo personalidad, la persona será titular de unos u otros derechos y deberes jurídicos, de manera que podrá tener o no o en mayor o menor medida la capacidad jurídica. Como la capacidad es sinónimo de graduación, de medida (de derechos y deberes en este caso), la persona puede o no tener capacidad jurídica o tendrá mayor o menor capacidad de acuerdo con su condición jurídica. De manera que la relación entre estos conceptos no es tan directa como con el de personalidad, uno no presupone la existencia del otro: una persona podrá carecer de capacidad o tenerla muy limitada y no por ello deja de ser persona.

c. Persona y sujeto de derecho: se dice que sujeto de derecho es quien ya se encuentra en la titularidad de algún derecho o deber jurídico y que la persona es el ente que, pudiendo no ser titular de ningún derecho o deber, puede llegar a serlo y que, por tanto, el término persona es más amplio que el de sujeto de derecho pues incluye, también, la expectativa de ser el titular del derecho o deber[12]. Por su parte, también se dice que el sujeto es el ente al cual se le atribuyen los derechos y los deberes jurídicos y la persona es el todo, es decir, el ente más los derechos y deberes atribuidos, de manera que el sujeto es un elemento integrativo de la persona pero no es sinónimo de ella[13]. Parece más acertada esta última postura, pues resulta poco probable que exista una persona que no sea titular de algún derecho y que tenga sólo una mera expectativa de adquirirlo.

d. Persona y objeto de derecho: objeto de derecho en sentido estrictamente jurídico según Luis M. Olaso[14] es: "…toda

12 En ese sentido en la doctrina nacional: José Luis Aguilar Gorrondona: *Personas. Derecho civil I.* 15va. edición. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello, 2003, p. 40 y Francisco Hung V.: *Derecho civil I...* op. cit., p. 77.

13 En ese sentido: Antonio Ramón Marín Echeverría: *Derecho civil I. Personas.* Caracas. McGraw-Hill Interamericana de Venezuela, S.A., 1998, p. 11.

14 Luis Olaso S.J.: *Curso de introducción....* op. cit., p. 318.

realidad corpórea o incorpórea susceptible de constituir la materia sobre la que recaiga una relación jurídica…". De manera que, comentando lo dicho por el citado autor, objetos de derecho son las cosas inanimadas del mundo exterior, ya sean corporales (palpables, materiales) o incorporales (abstractas, producto de la inteligencia, inmateriales) y que cuenten con "susceptibilidad jurídica", es decir, que sean útiles al sujeto de derecho, que tengan una existencia autónoma y separada de él y que sean reales y jurídicamente apropiables, para que sirvan a sus intereses. De allí que la idea de cosa u objeto no se contrapone a la de persona o sujeto de derecho, simplemente son diferentes, pero se complementan.

V. Clasificación de las Personas: personas naturales y personas jurídicas

El reconocimiento de la personalidad jurídica por parte del Derecho puede recaer, según lo visto, en el hombre individualmente considerado o en conjunto, en una colectividad de hombres o de bienes y, como quiera que el reconocimiento de la personalidad del hombre deviene de su propia naturaleza pues, como se vio, proviene del reconocimiento de su dignidad humana, al hombre individual se le ha identificado -tradicionalmente- como *persona natural*, en contraposición a las colectividades, a quienes se les ha identificado como *personas jurídicas*, por considerarse que su personalidad no es un hecho natural sino obra del Derecho. De allí la tradicional clasificación de las personas en: personas naturales y personas jurídicas.

No obstante, en el punto anterior vimos que la personalidad jurídica es un concepto jurídico, creación del Derecho, en cualquier caso. De manera que tan jurídica es la personalidad del individuo como la de las colectividades, pues ambas son obra del Derecho, razón por la cual parece más correcto plantear la clasificación de las personas en: *personas jurídicas individuales* y *personas jurídicas colectivas*[15], pues la diferencia está en que en el primer caso se trata del hombre individualmente considerado y en el segundo de una colectividad de individuos o de bienes y no en el carácter "natural" o no de la personalidad.

15 Antonio Marín E. *Derecho civil I…* op. cit., p. 7.

Pero lo cierto es que hasta los momentos la mayoría de los ordenamientos jurídicos mantiene la denominación, con miras a su clasificación, de personas naturales y jurídicas y es ese el criterio seguido por el legislador venezolano, quien en el artículo 16 del Código Civil señala: *"Todos los individuos de la especie humana son personas naturales"* y en el artículo 19 señala: *"Son personas jurídicas y por lo tanto, capaces de obligaciones y derechos…"* y enumera las personas de carácter colectivo tanto de Derecho público como de Derecho privado, razón por la cual ahora y hasta tanto se produzca una reforma legislativa en esta materia, nos vemos obligados a mantener esa clasificación y terminología. Entonces:

1. Son personas naturales los seres humanos individualmente considerados.

2. Son personas jurídicas (también llamadas morales, colectivas) otros entes colectivos, ya sea por agrupación de individuos o de bienes destinados a un fin, a los cuales el Derecho también les reconoce personalidad jurídica. Y éstas a su vez pueden ser, de acuerdo con lo dispuesto en el referido artículo 19 del Código Civil:

    a. De Derecho público, es decir, reguladas por normas de Derecho público y en las cuales se encuentran:

        - La nación: entendida como Estado político, ya sea que actúe en el ámbito del Derecho público, investido de su poder de imperio o, en el ámbito del Derecho privado, equiparado a las demás personas de Derecho privado.

        - Entidades políticas que componen a la nación que son: los estados, regulados en el artículo 159 de la Constitución Nacional y las municipalidades, reguladas en el artículo 168 *ejusdem*, atendiendo a la división político-territorial del Estado.

        - Las iglesias de cualquier credo, respecto de las cuales si pertenecen a la religión católica no es necesario un reconocimiento de su personalidad por parte

del Estado venezolano (por convenio suscrito entre la Santa Sede Apostólica y Venezuela, hecho ley de la República, de fecha 26 de junio de 1964) y si corresponden a otra religión sí requieren del previo reconocimiento por parte del ejecutivo nacional (Decreto Ejecutivo de 24 de octubre de 1911).

- Las universidades, las cuales según lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley de Universidades[16] tienen personalidad jurídica propia. Aquí el legislador se refiere a las universidades públicas o del Estado, dejando a salvo las universidades privadas que podrían considerarse como personas jurídicas de Derecho privado o, al menos, en una categoría intermedia.

- Otros cuerpos de carácter público, como los institutos autónomos, que requieren obrar por sí mismos.

b. De Derecho privado, reguladas por normas de Derecho privado, ya sean de Derecho civil o mercantil, son:

- De tipo fundacional: es decir aquellas que cuentan sólo con sustrato real (conjunto de bienes destinados a un fin de utilidad general).

- De tipo asociativo: cuentan con sustrato real (conjunto de bienes) y sustrato personal (conjunto de individuos miembros) y que se subdividen en: asociaciones propiamente dichas, sociedades y corporaciones.

El estudio de estas personas de Derecho privado será desarrollado en el próximo capítulo de este manual.

16 Ley de Universidades. Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 1.429 (extraordinario), septiembre 8, 1970.

Capítulo 4

Las Personas Jurídicas[1]

SUMARIO

I. Concepto de persona jurídica "*Stricto Sensu*". II. Justificación de la existencia de las personas jurídicas: Derecho de Asociación. III. Supuestos necesarios para la atribución de la personalidad jurídica. IV. Efectos de la atribución de la personalidad. V. Clasificación de las personas jurídicas. VI. Las fundaciones: Concepto. Objeto. Constitución y formalidades. Identidad Domicilio. Dirección y administración. Extinción. VII. Las Corporaciones. VIII. Las asociaciones. IX. Las sociedades. X. Las cooperativas. Concepto. Objeto. Constitución. Nombre y domicilio. Dirección y Administración. Extinción.

I. Concepto de Persona Jurídica "*Stricto Sensu*"

Ya en capítulos anteriores se hacía referencia a que es posible que a entes diferentes a los seres humanos se les pueda atribuir personalidad jurídica. Pues bien, para abordar este tema debe señalarse que pueden existir ciertas necesidades o fines de los seres humanos que son difíciles de conseguir a través del esfuerzo individual, lo que conlleva a que varias personas se unan y destinen determinados bienes de manera permanente, para alcanzar tales fines que se han trazado, lo que da origen a que el Estado deba reconocer a esa unidad orgánica como un ente distinto de las personas que lo componen o son propietarios de los bienes que han sido destinados a la consecución de determinado fin.

1 Nelson Wladimir Grimaldo H. Profesor de la Universidad Católica del Táchira. Correo electrónico: nelsongrimaldo@hotmail.com.

Por ello, la doctrina ha definido a las personas jurídicas como "toda unidad orgánica resultante de una colectividad organizada de personas o de un conjunto de bienes y a los que, para la consecución de un fin social durable y permanente, es reconocida por el Estado una capacidad de derechos patrimoniales"[2].

Esas necesidades o fines de los seres humanos para los cuales es inevitable unirse y organizarse de manera estable y permanente dando así vida a un ente diferente, no solo individuales, sino también pueden ser de grupos ordenados y organizados, razón por la cual las personas jurídicas también van a estar constituidas por colectividades políticas como el Estado, o colectividades de otra naturaleza que también van a perseguir fines sociales, como por ejemplo la iglesia y las universidades, por ello el artículo 19 del Código Civil[3] considera como personas jurídicas[4] la Nación, las entidades políticas que la componen, la iglesia y las universidades, pues son entes que persiguen ese tipo de fines sociales o colectivos.

II. Justificación de la existencia de las Personas Jurídicas: Derecho de Asociación

De tal manera que las personas jurídicas se originan por un acuerdo de voluntades de personas naturales y que tiene como fundamento el derecho de asociación consagrado en la Constitución[5] de la siguiente manera:

> **Artículo 52**. Toda persona tiene derecho de asociarse con fines lícitos, de conformidad con la ley. El Estado estará obligado a facilitar el ejercicio de este derecho.

---

2 Roberto de Ruggiero: *Instituciones de Derecho Civil*. I. Traducción de la 4ta. edición Italiana. Madrid. Instituto Editorial Reus, p. 440.

3 Código Civil (1982). Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 2.990 (extraordinaria), julio 26, 1982.

4 Artículo 19. Son personas jurídicas y por lo tanto, capaces de obligaciones y derechos:
1º La Nación y las Entidades políticas que la componen;
2º Las iglesias, de cualquier credo que sean, las universidades y, en general, todos los seres o cuerpos morales de carácter público;
3º Las asociaciones, corporaciones y fundaciones lícitas de carácter privado. La personalidad la adquirirán con la protocolización de su acta constitutiva en la Oficina Subalterna de Registro del Departamento o Distrito en que hayan sido creadas, donde se archivará un ejemplar auténtico de sus Estatutos.

5 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (2009). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 5.908 (extraordinario), febrero 19, 2009.

La jurisprudencia[6] ha señalado claramente que la existencia de las personas jurídicas de derecho privado se debe al ejercicio de este derecho de asociación por parte de los ciudadanos, razón por la cual a esos entes se les debe garantizar el ejercicio de algunos derechos fundamentales, como por ejemplo el derecho a la privacidad de la correspondencia o del recinto privado, el derecho a la defensa, entre otros, siendo un deber del Estado facilitar el ejercicio de este derecho de asociación, evitando realizar actos que impidan el desarrollo de las actividades que éstas realizan o que conduzcan a que se extingan, pues en esa medida estarían afectando ese derecho constitucional.

III. Supuestos necesarios para la atribución de la personalidad jurídica

De las nociones anteriores puede extraerse que para que un ente diferente a las personas naturales pueda ser considerado como persona jurídica, necesariamente deben concurrir ciertas condiciones como: la unión de varias personas; la necesidad de alcanzar un fin; la utilización de bienes para poder alcanzarlo; y el reconocimiento por parte del Estado de tal ente como persona jurídica.

Tales condiciones es lo que la doctrina ha denominado "supuestos de la personalidad jurídica"[7] que han sido clasificadas en tres:

La primera condición tiene que ver con la **existencia de dos o más personas que se unen para lograr el fin y el aporte de unos bienes para poder conseguir tal fin** y que se han denominado, respectivamente, "substrato personal" y "substrato real".

a. El **sustrato personal** va a estar dirigido a la necesidad de que exista un número de personas que se unen para la consecución del fin, y esa unión, por lo general en las personas de derecho privado, tiene como origen la voluntad de los mismos expresada a través de un contrato, como por ejemplo el de sociedad,

6 Tribunal Supremo de Justicia, Nº. 1.852, 05/10/2001 (Carlos Gustavo Moya Palacios), http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1852-051001-01-0799.htm[Consulta:2011,Febrero15].

7 José Luis Aguilar Gorrondona: *Derecho civil Personas.* 21va. edición. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

mediante el cual los socios se obligan a realizar un determinado aporte a los fines de conseguir un fin común.

b. Sin embargo, la unión de las personas también puede tener su origen en la ley, cuando en un texto legal se ordena crear una persona jurídica, lo que ocurre comúnmente en los casos de empresas del Estado, a través de las cuales se propone conseguir determinados fines.

c. Por otra parte, excepcionalmente, ciertos entes que se les atribuye personalidad jurídica pueden prescindir del sustrato personal, como en el caso de las fundaciones, que como se verá más adelante carecen de un conjunto de personas que la integren.

d. El **sustrato real** está relacionado con el conjunto de bienes que aportan las personas que conforman el ente, a los fines de poder conseguir el fin que se han trazado. Ello implica un acto de voluntad de transmitir el derecho de propiedad a favor de ese ente, a los fines de que puedan ser utilizados por la nueva persona sin más limitación que la establecida en la ley. Respecto a los bienes que pueden ser aportados, pueden ser de diferente naturaleza (muebles o inmuebles).

e. Este sustrato real es indispensable para que pueda considerarse la existencia de una persona jurídica, dado que es a través de ese conjunto de bienes que ella va a conseguir el fin que se ha propuesto.

La segunda condición está referida a **la finalidad que debe perseguir el ente**, el cual no siempre es necesario que sea económico o lucrativo, sino que puede ser de otra naturaleza como fines culturales, de beneficencia, desarrollo personal, por colocar algunos ejemplos, sin embargo, lo que sí es imprescindible es que dicho fin sea posible, lícito y determinado o determinable, tal como lo prevé el artículo 1.155 del Código Civil[8].

8 Artículo 1.155. El objeto del contrato debe ser posible, lícito, determinado o determinable.

Dicho objeto debe ser posible en el sentido de que pueda llegar a ser alcanzado, razón por la cual no deben existir circunstancias materiales o jurídicas que impidan en forma absoluta alcanzar el fin trazado, pues entonces no tendría razón la existencia de dicha persona jurídica.

Igualmente el objeto debe ser determinado, esto es, que se sepa con precisión qué es lo que se quiere conseguir, o por lo menos que existan los elementos necesarios para que en el futuro pueda determinarse en base a dicho elementos, caso en el cual el objeto sería determinable.

Finalmente debe señalarse que el objeto debe ser lícito en el sentido de que sea tolerado, consentido, amparado y autorizado por el ordenamiento jurídico positivo, pues de lo contrario el mismo sería igualmente imposible de conseguir.

La última condición está referida **al reconocimiento que debe hacer el Estado de tal ente como persona jurídica**, el cual se hace a través de una norma jurídica conforme a la cual se le atribuye dicha condición.

Históricamente se han observado varios sistemas sobre el reconocimiento de la personalidad; desde los que admiten dicho reconocimiento por la sola existencia, pasando por los que exigen un acto de los órganos del Estado para atribuir la personalidad, hasta los que exigen el cumplimiento de ciertas formalidades.

En Venezuela, conforme lo establecido en el artículo 19 del Código Civil, por regla general se adopta el sistema legal o normativo, el cual exige el cumplimiento de ciertas formalidades para que pueda atribuírsele personalidad jurídica a estos entes, como lo sería el registro o inscripción en el órgano correspondiente del acto a través de cual la persona natural manifiesta su voluntad de constituir este tipo de personas, al señalar:

> **Artículo 19**. Son personas jurídicas y por lo tanto, capaces de obligaciones y derechos:
>
> …
>
> 3º Las asociaciones, corporaciones y fundaciones lícitas de carácter privado. La personalidad la adquirirán con la protocolización de su acta

> constitutiva en la Oficina Subalterna de Registro del Departamento o Distrito en que hayan sido creadas, donde se archivará un ejemplar auténtico de sus Estatutos.
> El acta constitutiva expresará: el nombre, domicilio, objeto de la asociación, corporación y fundación, y la forma en que será administrada y dirigida.
> Se protocolizará igualmente, dentro del término de quince (15) días, cualquier cambio en sus Estatutos.
> Las fundaciones pueden establecerse también por testamento, caso en el cual se considerarán con existencia jurídica desde el otorgamiento de este acto, siempre que después de la apertura de la sucesión se cumpla con el requisito de la respectiva protocolización.

En esta norma se observa como, por un lado, para atribuirles personalidad jurídica a las personas jurídicas de tipo asociativo, se les impone la formalidad de inscribir un acta constitutiva en la Oficina Subalterna de Registro[9], mientras que para las de tipo fundacional se permite que éstas puedan constituirse a través de un testamento, pero en todo caso exigiéndose la inscripción de dicho acto en el Registro.

IV. Efectos de la atribución de la personalidad

En temas anteriores se indicaba que la personalidad era lo que hacía que un ente pudiera ser titular de derechos y obligaciones y así expresamente se señala en el citado artículo 19 del Código Civil, lo que va implicar:

a. Que a tales entes se les deba garantizar el ejercicio de ciertos derechos fundamentales que tienen las personas naturales, como el derecho al debido proceso, el derecho al recinto privado, el derecho a la privacidad de las comunicaciones, por colocar algunos ejemplos, tal como lo ha señalado la jurisprudencia[10].

---

9 Ahora Registro Público conforme la Ley de Registro Público y del Notariado. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 5.833 (extraordinaria), diciembre 22, 2006.

10 Tribunal Supremo de Justicia, Nº. 1.852, 05/10/2001 (Carlos Gustavo Moya Palacios), http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1852-051001-01-0799.htm [Consulta: 2011, Febrero 15].

b. Su individualización mediante una identidad propia diferente a la de sus creadores o fundadores, atribuyéndosele por tanto:

   1. Un nombre propio, por ello el artículo 19 del Código Civil señala que el acta constitutiva debe contener el nombre de la persona jurídica.

   2. Una sede jurídica (domicilio) propia, diferente a la de sus integrantes o creadores, cuya regla general se encuentra contenida en el artículo 28 del Código Civil.

   3. Una nacionalidad propia, independiente a la nacionalidad que puedan tener sus creadores.

c. Van a tener un patrimonio propio razón por la cual:

   1. Los bienes que sean propiedad de la persona jurídica, no son propiedad de los creadores o fundadores, razón por la cual los acreedores de estos últimos no pueden ir contra de los bienes de la persona jurídica.

   2. Pueden darse relaciones jurídicas entre los creadores o fundadores con la persona jurídica, además de las relaciones que esta última puede tener con otras personas jurídicas.

d. Las personas jurídicas van a tener capacidad jurídica propia, dado que pueden realizar todos los actos jurídicos que sean necesarios para la consecución del fin que se han propuesto.

V. Clasificación de las Personas Jurídicas

Tomando como base lo establecido en el artículo 19 del Código Civil, un esquema de la clasificación de las personas jurídicas sería el siguiente:

Personas Jurídicas en sentido amplio:

- Personas naturales.
- Personas jurídicas (sentido restringido):

    - Personas Jurídicas de Derecho Público:
        - La Nación.
        - Las entidades públicas que componen la nación.
        - Las iglesias.
        - Las universidades.
        - Los demás entes de carácter público.

    - Personas Jurídicas de Derecho Privado:
        - De tipo fundacional:
            - Las Fundaciones.
        - De tipo asociativo:
            - Corporaciones.
            - Asociaciones Civiles.
            - Sociedades.

VI. Las Fundaciones

Concepto. Objeto

Es la atribución permanente y exclusiva de un conjunto de bienes a una finalidad de utilidad general, sin que exista un conjunto de personas que integren el ente, pero con una organización que ha sido establecida por el fundador para el manejo de esos bienes.

De tal definición se destaca en primer término la necesidad de un patrimonio o conjunto de bienes que se desprende de sus propietarios y se destina en forma exclusiva a la consecución de un fin de carácter general, esto es, a satisfacer necesidades humanas diferentes a las de su fundador, como artísticas, científicas, literarias, benéfico social, etcétera, tal como se desprende del artículo 20 del Código Civil, el cual señala:

> **Artículo 20**. Las fundaciones sólo podrán crearse con un objeto de utilidad general: artístico, científico, literario, benéfico o social.

Es necesario por tanto la existencia del sustrato real, es decir, un conjunto de bienes sin lo cual nunca podrá existir ese tipo de persona jurídica (fundación) y que los mismos estén destinados a la consecución de un fin de esa naturaleza.

De allí que es necesario para que exista una fundación que la misma cumpla con los siguientes requisitos existenciales:

1. El fundador debe desprenderse de la propiedad u otro derecho y afectarlo o destinarlo al fin perseguido. Si la persona conserva la posibilidad de hacer cesar la destinación, no habrá fundación.

2. El fundador no puede utilizar una fundación para obtener un resultado en beneficio propio, aun cuando dicho beneficio se vaya a obtener por intermedio de otras personas.

3. No puede crearse una fundación a través de colectas o donaciones aisladas para un fin determinado, ya que quienes realicen dichas donaciones no van a tener la voluntad concreta de constituir una nueva persona.

Constitución y Formalidades

La constitución de una fundación debe realizarse a través de un acto jurídico, que puede ser "*inter vivos*" como "*mortis causa*", esto es, por un acto en el cual una persona manifiesta su voluntad de constituir una fundación, acto que deberá ser inscrito en el Registro Público o, igualmente, puede realizarse por testamento en el cual la persona manifieste su disposición de que ciertos bienes que él deja sean destinados a la constitución de dicha fundación, tal como lo señala el artículo 19 del Código Civil, el cual exige:

1. La realización de un acta constitutiva o testamento que contenga la voluntad de constituir la fundación, los cuales deberá contener como mínimo:

    a. Nombre de la fundación.

   b. Domicilio de la fundación.

   c. Objeto de la fundación, que como se señaló, debe ser de utilidad general.

   d. La forma en que será administrada y dirigida la fundación.

2. En virtud de la naturaleza de esta persona jurídica, dicho acto debe a su vez contener la manifestación de voluntad de transmitir determinados bienes para la constitución del patrimonio fundacional.

3. El acta constitutiva o testamento deberá ser inscrito en el Registro Púbico del lugar en el cual se cree la fundación, tal como lo dispone el numeral 10 del artículo 45 de la Ley de Registro Público y del Notariado. Igualmente, por tratarse de una persona jurídica de naturaleza civil, la misma deberá inscribirse en el Registro Principal, conforme lo establecido en el artículo 66 de dicha ley.

4. Igualmente deben redactarse unos estatutos que deberán ser archivados en el mismo Registro Público.

Identidad. Domicilio. Dirección y administración.

Como se señaló anteriormente al comentar los efectos que conlleva atribuirles personalidad a las personas jurídicas, las fundaciones van a tener una **identidad** propia distinta a la de sus fundadores, teniendo por tanto un nombre propio, el cual debe incluir la palabra “Fundación”.

Respecto al **domicilio** de las fundaciones, el acta constitutiva o testamento a través del cual se manifiesta la voluntad de crearla debe contener tal circunstancia y, en caso de omitirse tal requisito, se suplirá con lo dispuesto en el artículo 28 del Código Civil, el cual señala que el domicilio será en el lugar donde esté situada la dirección o administración de la persona jurídica, al indicar:

> **Artículo 28**. El domicilio de las sociedades, asociaciones, fundaciones y corporaciones, cualquiera que sea su objeto, se halla en el lugar donde esté situada su dirección o administración, salvo lo que se dispusiere por sus Estatutos o por leyes especiales. Cuando tengan agentes o sucursales establecidos en lugares distintos de aquel en que se halle la dirección o administración, se tendrá también como su domicilio el lugar de la sucursal o agencia, respecto de los hechos, actos y contratos que ejecuten o celebren por medio del agente o sucursal.

Respecto a la **administración o dirección** de las fundaciones, el citado artículo 19 del Código Civil exige que en el acta constitutiva o testamento a través del cual se manifieste la voluntad de crear a la fundación, se exprese todo lo concerniente a la forma en que será dirigida y administrada. Sin embargo, de omitirse dicho requisito, se deberá aplicar lo dispuesto en el artículo 22 del Código Civil, que señala que en caso de que la fundación no pueda ser administrada, será el Juez de Primera Instancia en lo Civil el que deberá organizar la administración, al indicar:

> **Artículo 22**. En todo caso, en que por ausencia, incapacidad o muerte del fundador, o por cualquiera otra circunstancia no pudiere ser administrada la fundación de acuerdo con sus Estatutos, el respectivo Juez de Primera instancia organizará la administración o suplirá las deficiencias que en ella ocurran, siempre con el propósito de mantener en lo posible el objeto de la fundación.

Por tanto, la forma u organización en que serán administradas las fundaciones corresponderá establecerla en primer término al fundador, siempre que éste lo señale en el acto fundacional, y en caso de que éste no lo haga, le corresponderá al Juez de Primera Instancia en lo Civil del lugar del domicilio.

Este tipo de personas de naturaleza fundacional, carecen del sustrato personal, pues no están conformadas por otras personas; solo tienen sustrato real, dado que son un conjunto de bienes destinados a la consecución de un determinado fin público o social. De allí que al carecer de sustrato personal y no tener por tanto internamente nadie que vigile a los administradores que las representan y llevan a cabo todos

los actos necesarios para la consecución de su fin, se hace necesario la intervención del Estado a los fines de velar por la correcta administración de las mismas.

Tal vigilancia la va a realizar el Estado a través de los Juzgados de Primera Instancia en lo Civil del lugar donde las mismas tengan su domicilio, conforme lo establece el artículo 21 del Código Civil, el cual señala:

> **Artículo 21**. Las fundaciones quedarán sometidas a la supervigilancia del Estado, quien la ejercerá por intermedio de los respectivos Jueces de Primera Instancia, ante los cuales rendirán cuenta los administradores.

De allí que los administradores de las fundaciones deberán rendir cuentas, por lo menos anualmente, ante los citados Jueces de Primera Instancia, quienes estarán en el deber de sancionar y corregir las faltas cometidas por éstos.

Extinción de la fundaciones.

Las fundaciones son perpetuas o que tienen una existencia ilimitada en el tiempo, dado que al perseguir las mismas un fin o utilidad general o social, tal fin permanecerá en el tiempo en beneficio de los hombres; sin embargo el fundador, al momento de su constitución, **puede limitarla en el tiempo**, caso en el cual ésta se extinguirá al concluir su término de vigencia.

De no señalar el fundador un término de vigencia, las fundaciones solo pueden extinguirse por **imposibilidad sobrevenida de alcanzar su objeto**, imposibilidad que puede ser **de hecho** o **de derecho**, cuando su objeto se hace ilícito conforme al ordenamiento jurídico.

Se estará en un supuesto de imposibilidad de hecho, cuando el objeto que se ha propuesto la fundación ha sido alcanzado o se puede lograr sin que sea necesaria la existencia de la misma, como sería el caso de las fundaciones que tiene como objeto la investigación y elaboración de una medicina para curar una enfermedad y se obtiene la misma y es descubierta por otras personas; también podría ocurrir cuando

los recursos económicos de la fundación disminuyen a tal punto que no pueden subsistir y no hay posibilidad de obtener nuevos aportes patrimoniales para la misma.

Dependiendo del motivo de la extinción de la fundación, el Juez de Primera Instancia Civil, puede, oída la opinión de los administradores si fuere posible, realizar lo siguiente:

1. Acordar la disolución de la fundación pasando los bienes que tuviere a otra fundación o institución, conforme lo establece el artículo 23 del Código Civil el cual señala:

   > **Artículo 23**. El respectivo Juez de Primera instancia, oída la administración de la fundación, si fuere posible, podrá disponer la disolución de ésta y pasar sus bienes a otra fundación o institución, siempre que se haya hecho imposible o ilícito su objeto.

2. Igualmente la doctrina ha señalado que el juez puede acordar la modificación de su objeto, conforme lo establecido en el citado artículo 22 del Código Civil, que lo faculta a suplir las deficiencias que ésta pueda tener; esto para el caso de que la extinción se deba, sobre todo, por haberse conseguido el fin para el cual se había constituido.

Acordada la disolución, los bienes, en primer término, seguirán la suerte que haya dispuesto el fundador y si éste nada hubiese dispuesto, se observará lo señalado en el citado artículo 23 del Código Civil, conforme al cual pasarán a otra fundación o institución.

VII. Las Corporaciones

Las corporaciones son personas jurídicas de tipo asociativo, que no tienen un fin de lucro sino un fin público o colectivo, generalmente la defensa de sus agremiados, como los colegios de profesionales, las cuales un texto legal ordena crearlas o las reconoce como corporación, en caso de que ya estuvieran creadas.

Debe tenerse en cuenta que la personalidad de las corporaciones, al igual que las demás personas jurídicas, conforme lo establecido en el artículo 19 del Código Civil, la adquiere con la inscripción de su acta constitutiva en el Registro Público correspondiente y no con la publicación en Gaceta Oficial de la ley que ordena crearlas.

Al ser personas jurídicas de tipo asociativo, las corporaciones deben contar con un sustrato personal y material, conforme lo señalado anteriormente y deben además reunir los requisitos establecidos en el citado artículo 19 del Código Civil para su existencia, como lo es la inscripción de su acta constitutiva en el Registro Público y en el Registro Principal, conforme lo establecido en los artículos 45 y 66 de la Ley de Registro Público y del Notariado.

VIII. Las Asociaciones

La asociación civil ha sido definida como "la unión de personas organizadas corporativamente con el objeto de realizar un fin común de carácter no lucrativo"[11].

Al igual que las corporaciones, las asociaciones civiles son personas de tipo asociativo, que deben contar tanto con el sustrato personal como con el sustrato real.

La asociación se distingue de la sociedad, figura que será vista más adelante, por la finalidad que cada una persigue, pues mientras la sociedad persigue un fin económico, la asociación persigue un fin no-económico, como por ejemplo: social, religioso, cultural, deportivo, gremial, etcétera[12].

Se distinguen de las corporaciones porque éstas sí van a perseguir un fin común para sus asociados, pero que no es de naturaleza lucrativa o patrimonial, tales como culturales, educativos, deportivos.

11 Miguel Angel Itriago M. y Antonino L. Itriago M.: *Las Asociaciones Civiles en el Derecho Venezolano.* Caracas. Sinergia, p. 58.

12 Francisco Hung Vaillant: *Sociedades.* 7ma. edición. Caracas. Vadell Hermanos Editores C.A., p.28.

Su constitución se realiza a través de un acta constitutiva mediante la cual dos o más personas manifiestan su voluntad de crearla, lo cual, para un sector de la doctrina, tiene la naturaleza de contrato.

Su personalidad la adquirirán, al igual que las demás personas jurídicas, con la inscripción de la citada acta constitutiva en el Registro Público, conforme lo establecido en el artículo 19 del Código Civil y en el artículo 45 de la Ley de Registro Público y del Notariado, debiendo igualmente inscribirse en el Registro Principal conforme el artículo 66 de la citada Ley de Registro Público y del Notariado.

Estas personas jurídicas se disuelven por decisión de sus asociados, o por haber alcanzado el fin que se habían propuesto o por imposibilidad de hecho o de derecho de alcanzarlo.

IX. Las Sociedades

Las sociedades son personas jurídicas que tienen por objeto la realización de actos que proporcionen un lucro para sus socios, los cuales se unen a través de un contrato, el cual es definido por el Código Civil en los siguientes términos:

> **Artículo 1.649**. El contrato de sociedad es aquel por el cual dos o más personas convienen en contribuir, cada uno con la propiedad o el uso de las cosas, o con su propia industria, a la realización de un fin económico común.

Conforme a tal definición legal, mediante el contrato de sociedad dos o más personas se obligan a aportar bienes o servicios a los fines de conseguir un lucro común o para cada uno de ellos.

Tal contrato de sociedad va a fungir de acta constitutiva a la cual hace referencia el artículo 19 del Código Civil, la cual, como en todos los casos de personas jurídicas de tipo asociativo debe ser inscrita en el Registro Público correspondiente, conforme lo establecido en el artículo 45 de la Ley de Registro Público y del Notariado, y en el Registro Principal, conforme el artículo 66 de la citada Ley de Registro Público y del Notariado.

Por otra parte las sociedades pueden ser de naturaleza civil o mercantil, dependiendo de si tienen como objeto la realización o no de alguno de los actos de comercio señalados en el artículo 2 del Código de Comercio; además, conforme lo permite el artículo 1.651 del Código Civil, las sociedades civiles pueden adoptar una de las forma que establece el Código de Comercio para lo sociedades mercantiles, en cuyo caso será una sociedad que la doctrina ha denominado "sociedades civiles con forma mercantil", las cuales para poder gozar de personalidad jurídica deberá cumplirse con las formalidades de constitución y funcionamiento prevista en el Código de Comercio para las sociedades mercantiles, conforme lo establece el primer aparte del artículo 1.651 del Código Civil.

El Código Civil señala que las sociedades se extinguen por los siguientes motivos:

> **Artículo 1.673**. La sociedad se extingue:
> 1º. Por la expiración del plazo por el cual se ha constituido.
> 2º. Por la consumación del negocio o la imposibilidad de realizarlo.
> 3º. Por la muerte de uno de los socios.
> 4º. Por la interdicción, insolvencia o quiebra de uno de los socios.
> 5º. Por la voluntad expresa de uno o varios socios de no querer continuar la sociedad.

Como se observa de dicha disposición legal, en primer término una sociedad puede extinguirse por el transcurso del lapso de duración convenido en el contrato de sociedad, sin perjuicio de que los socios puedan en cualquier momento acordar la prórroga del lapso de duración de la misma. Igualmente se extingue cuando su objeto ha sido conseguido o se haga imposible, de hecho o derecho, conseguirlo, para lo cual debe tenerse en cuenta que las circunstancias realmente haga imposible conseguir el objeto y que no se trate de una simple dificultad. Otra causa de extinción es la muerte, interdicción, insolvencia o quiebra de alguno de sus socios, pues tales circunstancias impiden que éstos puedan cumplir en forma personal las obligaciones que han adquirido frente a la sociedad. Finalmente se establece como causa de extinción la voluntad de uno o más socios, para lo cual hay que tener en cuenta que la voluntad de un solo socio se aplica en aquellas sociedades que tienen una duración ilimitada,

conforme lo establece el artículo 1.677 del Código Civil, pues de tratarse de una sociedad con un tiempo limitado, solo podrá pedirla un solo socio cuando medien justo motivos, de cuerdo a lo señalado en el artículo 1.679 del Código Civil.

X. Las Cooperativas

Concepto

Una cooperativa es una asociación autónoma de personas unidas voluntariamente para satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales comunes, a través de una empresa controlada de manera conjunta y democrática.

Las cooperativas están reguladas por la Ley Especial de Asociaciones Cooperativas[13], en la cual son definidas de la siguiente manera:

> **Artículo 2°**. Las cooperativas son asociaciones abiertas y flexibles, de hecho y derecho cooperativo, de la Economía Social y Participativa, autónomas, de personas que se unen mediante un proceso y acuerdo voluntario, para hacer frente a sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales comunes, para generar bienestar integral, colectivo y personal, por medio de procesos y empresas de propiedad colectiva, gestionadas y controladas democráticamente.

De tal definición legal puede extraerse que las cooperativas son una forma de organizar empresas con fines económicos y sociales, donde lo importante es el trabajo en común de sus integrantes para lograr un beneficio común, por ello se diferencia de otros tipos de empresas, por la relevancia que tiene el trabajo de los asociados dentro de la misma y no por el dinero que éstos pueden aportan.

Además las cooperativas son entes controlados por las personas que las integran, quienes son los dueños y las mismas operan para el beneficio equitativo de todos los integrantes, es decir, no para rendir ganancias a inversionistas ajenos, sino a las mismas personas que aportan su trabajo.

13 Ley Especial de Asociaciones Cooperativas. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 37.285, septiembre 18, 2001.

Objeto

Las cooperativas tienen como fin último el desarrollo del hombre, a través de la realización de los valores de cooperación, de igualdad, de justicia, de respeto y del trabajo conjunto, facilitando con ello:

1. Mejorar el poder negociador.

2. Reducir los costos operativos.

3. Obtener productos, bienes o servicios no disponibles de otro modo.

4. Expandir oportunidades de mercados nuevos o ya existentes.

5. Mejorar la calidad de los productos o servicios.

6. Aumentar los ingresos.

Constitución: formalidades

Las personas que deseen formar una asociación cooperativa deben realizan una reunión en la cual se debe llegar a los siguientes acuerdos:

1. Debe aprobarse los estatutos de la cooperativa.

2. Debe señalarse los bienes o servicios que cada asociado va a aportar.

3. Debe establecerse la forma como va ser la dirección y administración, tales como una junta directiva y quienes serán sus representantes.

Todo lo cual se desprende del artículo 9 de la Ley Especial de Asociaciones Cooperativas, el cual señala:

> **Artículo 9**. El acuerdo para constituir una cooperativa se materializará en un acto formal, realizado en una reunión de los

asociados fundadores, en la que se aprobará el estatuto, se suscribirán aportaciones y se elegirán los integrantes de las instancias organizativas previstas en dicho estatuto.

Igualmente el citado texto legal exige un número mínimo de cinco personas con el cual debe ser conformada una asociación cooperativa, tal como se indica en el artículo 16.

Realizada la reunión de los asociados fundadores, se levantará un acta que deberá ser inscrita en el Registro Público conforme lo señalado en el artículo 10 de la referida Ley Especial de Asociaciones Cooperativas, con lo cual la cooperativa quedará constituida y adquirirá personalidad jurídica, tal como lo indica el artículo 11 *eiusdem*:

> **Artículo 11**. Si el registro no tuviere observaciones de carácter legal, o una vez satisfechas éstas, aceptará el otorgamiento del documento correspondiente por parte de los representantes y lo registrará; la cooperativa se considerará legalmente constituida y con personalidad jurídica.

Nombre y domicilio

La citada Ley Especial de Asociaciones Cooperativas contempla que los estatutos de las cooperativas deben contener la denominación y domicilio de las mismas (art.13.1). En cuanto al nombre, exige que el mismo deba llevar el vocablo "cooperativa" seguido de la palabra que indique el régimen de responsabilidad: si es limitado "RL" o suplementada "RS", al señalar:

> **Artículo 14**. La denominación social debe incluir el vocablo cooperativa con el agregado de la palabra que corresponda a su responsabilidad.
> Queda prohibido el uso de la denominación cooperativa y abreviaturas de esa palabra, a entidades no constituidas conforme a la presente Ley.
> Las cooperativas que se constituyan no podrán utilizar nombres para su identificación con los que se hayan constituido otras cooperativas, con similares o que puedan crear confusión con otras cooperativas creadas.

Igualmente la citada disposición prohíbe la utilización de un mismo nombre por parte de varias cooperativas, para lo cual la Superintendencia Nacional de Cooperativas ha dispuesto que previamente a la creación y registro de una cooperativa, debe hacerse una reserva de nombre a los fines de evitar esa duplicidad de denominación, quien por tanto lleva un control de dicho aspecto.

En cuanto al domicilio, el mismo será el que se señale en los estatutos de la cooperativa, sin que ello ofrezca mayor dificultad.

Dirección y administración

La dirección y administración de la cooperativa se llevará en la forma establecida en los estatutos, la cual, sin embargo, debe adaptarse a las necesidades de los asociados, donde se permita su plena y permanente participación, tal como establece la citada Ley:

> **Artículo 24**. Las formas y estructuras organizativas y de coordinación de las cooperativas se establecerán en el estatuto y deberán ser flexibles y abiertas a los procesos de cambio y adaptadas a los valores culturales y a las necesidades de los asociados, propiciando la participación plena y permanente de los mismos, de manera que las responsabilidades sean compartidas y las acciones se ejecuten colectivamente.
> Las cooperativas decidirán su forma organizativa, atendiendo a su propósito económico, social y educativo, propiciando la participación, evaluación y control permanente y el mayor acceso a la información.

Extinción

Las causas de extinción de las cooperativas están establecidas en la ley así:

1. Decisión de por lo menos el setenta y cinco por ciento (75%) de los presentes en la asamblea o reunión general de asociados, realizada de conformidad con el quórum que se establezca en el estatuto, convocada para tal fin.

2. La imposibilidad manifiesta de realizar el objeto social de la cooperativa o la conclusión del mismo.

3. Reducción del número de asociados por debajo del mínimo legal establecido en esta ley, durante un período superior a un año.

4. Transformación, fusión, segregación o incorporación.

5. Reducción del capital por debajo del mínimo establecido por el estatuto por un período superior a un año.

6. Cuando no realice actividad económica o social por más de dos años.

7. Cuando el pasivo supere al activo y no pueda recuperarse la cooperativa después de establecido el régimen excepcional previsto en esta Ley.

Capítulo 5

Inicio de la Personalidad del ser humano[1]

SUMARIO

I. Comienzo de la existencia del ser humano. Importancia. II. Teorías sobre el inicio de la personalidad jurídica del ser humano: Teoría de la concepción. Explicación y críticas. Teorías del nacimiento: La vitalidad. La viabilidad. La figura humana. Explicación y críticas. Teoría ecléctica del Derecho común europeo. Solución legal venezolana. III. El nacimiento y su prueba. IV. La persona por nacer: Situación legal del concebido y su justificación. V. La persona por ser concebida: Situación legal del "no concebido" y su justificación. VI. Estatuto jurídico del embrión. VII. Cálculo de la concepción: Importancia. Dificultad. Presunción legal.

I. Comienzo de la existencia del ser humano. Importancia

Todos los individuos de la especie humana son considerados, naturalmente, personas, es decir, su condición de persona deviene de su propia naturaleza, de allí la denominación legal de "personas naturales" (artículo 16 del Código Civil). Se es persona cuando se goza de personalidad jurídica, lo cual implica hacerse centro de imputaciones normativas o, como lo refiere la mayoría de la doctrina, tener la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. De manera que, resulta ahora necesario determinar a partir de cuándo el individuo se considera persona y, por tanto, se da inicio a su personalidad jurídica.

La importancia de esta determinación deviene del hecho de que, en principio, será a partir de allí que el individuo existe para el Derecho,

1 Marjorie Patricia Mattutat Muñoz. Profesora de la Universidad Católica del Táchira. Correo electrónico: mmattutat@ucat.edu.ve.

a partir de ese momento se le otorgarán derechos y se le impondrán obligaciones, es decir, producirá consecuencias jurídicas, momento que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se equipara con el del nacimiento. No obstante, como quiera que antes del nacimiento ya existe vida humana (ser humano concebido y en el vientre materno) surge, asimismo, la importancia de determinar cuál es la situación jurídica de esa vida humana respecto de la cual aún no se reconoce la personalidad jurídica, pero que, en tanto vida humana, no puede resultar extraña al mundo del Derecho.

II. Teorías sobre el inicio de la personalidad jurídica del ser humano

En la doctrina han surgido distintas teorías con la finalidad de determinar el inicio de la personalidad jurídica del individuo, pues en esta materia el inconveniente fundamental ha resultado la prueba del hecho correspondiente, es decir, la demostración del hecho que da origen a esa personalidad[2]. Estas teorías se refieren básicamente a dos circunstancias como iniciadoras de la personalidad del ser humano: *la concepción* o *el nacimiento*. Históricamente, cada una de ellas ha sido acogida en mayor o menor medida por los distintos ordenamientos jurídicos, en algunos casos con un radicalismo absoluto y, en otros (como en la actualidad), reconociéndose ciertas excepciones al principio general.

Teoría de la concepción

Biológicamente la concepción es el momento de fecundación del óvulo. A partir de allí se considera que existe vida humana, razón por la cual, es a partir de la concepción que debe entenderse que inicia la personalidad jurídica del ser humano. Consideran los partidarios de esta teoría que desde el momento de la concepción existe *vida humana independiente* y, por tanto, es allí cuando debe reconocerse la existencia del individuo como persona.

Se le critica a esta teoría que, en la práctica, resulta muy difícil determinar el momento exacto de la concepción. Si bien en la actualidad

2 Francisco Hung Vaillant: *Derecho civil I*. 3ra. edición. Caracas. Vadell Hermanos Editores C.A., 2006, p. 85.

existen novedosas técnicas científicas que permiten acercarse a determinar cuándo el óvulo fue fecundado por el espermatozoide, lo cierto es que, tratándose de fecundación natural -producto de la relación sexual- no existe un método que ofrezca la determinación exacta de ese hecho (la fecundación del óvulo). En tal virtud, si se sigue el principio de esta tendencia, resultaría imposible determinar el momento en que se da inicio a la personalidad del ser humano, en tanto que resulta imposible determinar y probar el hecho que da origen a ella, la concepción.

Por tales razones, la teoría de la concepción ha resultado descartada como propuesta para la determinación del inicio de la personalidad jurídica del ser humano, dando paso al grupo de teorías que toman como punto de partida el hecho del nacimiento.

Teorías del nacimiento

Los partidarios de estas teorías consideran que existe *vida humana independiente* a partir del nacimiento –como acto fisiológico de separación del cuerpo de la madre- y, por tanto, es partir de ese momento que surge la personalidad jurídica para el ser humano[3]. A su vez, dentro de estas teorías existen tres vertientes respecto de las condiciones que deben acompañar al nacimiento para que el individuo pueda ser considerado persona y, en consecuencia, adquiera personalidad jurídica. Estas vertientes son:

1. *Teoría de la vitalidad*: según la cual no basta que se produzca el hecho del nacimiento sino, además, que éste venga acompañado de vida, es decir, que el feto nazca vivo, sin importar cuánto tiempo o en qué condiciones vivió el feto después de nacido. La prueba de la vitalidad corresponderá a quien interese demostrar tal circunstancia y para ello existen determinados mecanismos de carácter médico-legal que serán analizados más adelante.

2. *Teoría de la viabilidad*: exige que además de que el feto nazca con vida éste sea viable, es decir, que sea apto para

3 Estas teorías tienen su origen en el Derecho romano y, por tanto, son las que imperan en los códigos civiles de los ordenamientos jurídicos de corte romanista.

sobrevivir fuera del seno materno, pues es así como puede decirse que existe vida humana independiente. Esta fue la teoría acogida por el antiguo Derecho español, según el cual se le otorgaba personalidad jurídica al ser humano que naciera vivo, viviera al menos 24 horas fuera del vientre materno y fuera bautizado antes de morir; y por el Derecho francés contenido en el Código de Napoleón, según el cual se reconocía personalidad jurídica al individuo que naciera vivo y fuera apto para la vida[4]. Se abandonó esta teoría en virtud de que resulta muy difícil y controvertido determinar qué debe entenderse por "viabilidad" sobre todo con los avances de la medicina y porque su determinación no puede depender de circunstancias tan subjetivas como el tiempo de supervivencia o el cumplimiento de rituales religiosos.

3. *Teoría de la figura humana*: según la cual no sólo se exige el hecho del nacimiento acompañado de vida sino que, además, el individuo debe tener figura humana[5]. Lo cual se ha interpretado en el Derecho moderno como que al individuo no le falten órganos vitales (corazón, cabeza, extremidades) o no posea malformaciones graves. Esta teoría resultó descartada pues se llegó a la conclusión de que lo determinante para la atribución de la personalidad jurídica es la existencia de vida humana, independientemente de la apariencia o formación del cuerpo del individuo[6].

Teoría ecléctica del Derecho común europeo

Se le ha llamado teoría ecléctica pues toma principios de una y otra teorías (concepción y nacimiento) y los combina para dar una solución menos radical. En ese sentido, los partidarios de esta teoría consideran

4 Véase: Arturo Valencia Zea: *Derecho Civil.* Tomo I. Parte General y Personas. 16ta. edición. Bogotá. Editorial Temis Ltda., 2006, p. 350.

5 Sobre esta exigencia, Savigny citado por Arturo Valencia Zea *Derecho Civil*… op. cit., p. 349, decía que son seres humanos quienes "presentan los signos característicos de la humanidad, apreciables exteriormente: no ha de ser, según la frase romana, un *monstrum* ni un *prodigium*".

6 Ilustrativa resulta la opinión de Arturo Valencia Zea op. cit., p. 350, sobre el particular: "…es la generación y no la figura la que determina quién es un ser humano y quién no lo es. Del vientre de una mujer solo nacen seres humanos; los "signos característicos de la humanidad", de que habla Savigny, serían un requisito necesario si el vientre de una mujer pudiera concebir seres con vida distintos de los humanos; pero esto no puede suceder".

que la personalidad jurídica del individuo comienza con el nacimiento pero, como quiera que antes de éste existe igualmente vida humana y como tal debe estar regulada por el Derecho, toma en cuenta al concebido teniéndolo por nacido cuando se trate de su bien. Esta es la teoría seguida por el Código Civil venezolano, como se verá de seguidas.

Solución legal venezolana

El artículo 17 del Código Civil dispone: *"El feto se tendrá como nacido cuando se trate de su bien; y para que sea reputado como persona, basta que haya nacido vivo"*[7], de cuyo contenido se desprende que el legislador venezolano acogió la teoría ecléctica del Derecho común europeo. En efecto, para el Derecho venezolano la personalidad jurídica del individuo comienza con el nacimiento, el cual debe venir acompañado de vida (teoría del nacimiento-vitalidad), pero toma en consideración al concebido y lo reputa "como persona" cuando se trate de su bien (teoría de la concepción). Sobre la citada norma, Antonio R. Marín E.[8] interpreta, a manera de conclusión, que quien no ha nacido no alcanzará el rango de persona y respecto del por nacer el legislador no hace distinción desde el momento de la concepción hasta el nacimiento, debiendo entonces entenderse por 'feto' al producto de la concepción, independientemente del tiempo de gestación. Asimismo, como fundamento para la posición acogida por el legislador venezolano señala:

> "…una cosa es que sea el nacimiento el momento en que el ser humano puede adquirir su condición de persona jurídica individual y otra muy diferente que antes de que dicho proceso ocurra no tenga protección jurídica alguna, porque si desde la concepción hasta el nacimiento existe vida humana, el Derecho no puede ser ajeno a tal circunstancia…"[9]

De allí que sea importante, como se dijo al inicio de este capítulo, no sólo determinar a partir de cuándo el ser humano goza de personalidad

7 Código Civil (1982). Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 2.990 (extraordinaria), julio 26, 1982.

8 Antonio Ramón Marín Echeverría. *Derecho civil I. Personas.* Caracas. McGraw-Hill Interamericana de Venezuela, S.A. 1998, pp. 18 - 19.

9 Op. cit., p. 19.

jurídica sino, también, cuál es la situación jurídica de esa vida humana que sin haber nacido existe por haber sido concebida.

III. El nacimiento y su prueba

Se entiende por nacimiento el acto fisiológico de separación del feto del cuerpo de la madre, mediante el cual éste adquiere vida independiente. Según Manuel Ossorio[10] es la *"Acción o efecto de nacer, de salir el ser del claustro materno…"*. Y Guillermo Cabanellas agrega a la definición *"… Comienzo de la vida humana, contado desde el parto…"*[11].

Con respecto al nacimiento, la doctrina ha tratado de precisar las condiciones que pueden rodearlo a los fines de determinar cuándo puede considerarse que éste ha ocurrido y, por tanto, que producirá las consecuencias jurídicas correspondientes.

La doctrina es conteste en afirmar, en primer lugar, que debe producirse el **acto del nacimiento**, es decir, la separación del hijo del cuerpo de la madre, sin importar la forma en que éste se haya producido (parto natural o intervención quirúrgica-cesárea), tampoco si éste se produjo al cumplirse el tiempo normal de gestación o prematuramente. En segundo lugar, que debe haber **separación total**, existiendo opiniones diversas en cuanto a qué debe entenderse por esa separación, pues para algunos es determinante que se haya cortado el cordón umbilical[12] y para otros no (opinión dominante) ya que consideran que basta con que el niño haya salido totalmente del seno materno aun cuando todavía no se haya cortado el cordón umbilical[13]. Por último, en tercer lugar, que el nacimiento venga **acompañado de vida**, pues si el niño no nace vivo, ya sea que muera dentro del vientre materno o durante el parto, se considera como si nunca hubiera existido, de manera que nunca llegó a ser persona, la personalidad jurídica nunca se originó. Pero basta que haya vivido

---

10 Manuel Ossorio: *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.* Buenos Aires. Editorial Heliasta S.R.L. 1984., p. 476.

11 Guillermo Cabanellas de Torres: *Diccionario Jurídico Elemental.* Buenos Aires. Editorial Heliasta S.R.L., 1979, p. 209.

12 En este sentido, respecto a los requisitos del nacimiento, Antonio Marín E.: *Derecho civil I…* op. cit., p. 22 señala: "…que la separación haya sido total, completa. (…) Así, mientras no se haya cortado el cordón umbilical no existe vida independiente y no se cumple este segundo requisito…"

13 José Luis Aguilar Gorrondona: *Personas. Derecho civil I.* 15va. edición. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello, 2003, p. 53.

aunque sea por un instante para que se concreten los requisitos y por tanto se produzca la principal consecuencia jurídica del nacimiento: la atribución de la personalidad jurídica al recién nacido. En cuanto a quién corresponde probar este último requisito, también existen diversas posturas en los ordenamientos jurídicos y en la doctrina. Así, para algunos debe existir una presunción de vida, de manera que quien afirma que el niño nació muerto le corresponde probar tal circunstancia. Para otros, corresponde probar el hecho de que el niño nació con vida a quien lo afirme, siendo este último el criterio seguido por la doctrina nacional[14].

Para demostrar este último requisito cuando el intervalo de vida ha sido muy corto, se acude a pruebas médico-legales denominadas "docimasias" las cuales sirven para determinar si hubo o no vida mediante el estudio de la actividad respiratoria del individuo. Dicha prueba no excluye otros medios de prueba legales, como la prueba testimonial[15].

Para obtener la prueba legal del nacimiento, sin que de ello dependa la atribución de la personalidad jurídica al recién nacido, debe hacerse su participación ante el Registro Civil y levantarse la correspondiente partida o acta de nacimiento. Es, entonces, dicha acta el medio de prueba legal del nacimiento[16] y a falta de ésta la sentencia judicial que la supla. Antonio R. Marín E. señala sobre el particular: "*…el nacimiento demuestra la existencia material del individuo, pero su registro le adiciona su existencia legal, lo cual le permitirá ser reconocido como persona por la sociedad y por el Derecho…*"[17]. De manera que, el recién nacido tendrá personalidad jurídica desde el nacimiento, pero si cualquier interesado desea o requiere demostrar ese hecho -que alguien ha nacido y, por tanto, ha adquirido dicha personalidad- debe contar con la referida acta de nacimiento producto de la participación hecha ante el Registro Civil pues, como se dijo, ese es el medio de prueba legal de ese hecho.

En caso de que el feto no haya nacido con vida, tendrán aplicación las normas vigentes en materia de Registro Civil e inscripción de actas de nacimiento. Cabe aquí hacer un recuento de cómo ha sido la regulación

14 Véase op. cit., p. 53 y Francisco Hung V.: *Derecho civil I...* op. cit., p.89.
15 Arturo Valencia Zea: *Derecho Civil...* op. cit., p. 349.
16 Véase Ley Orgánica del Registro Civil (2009). Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 39.264 (extraordinaria), septiembre 15, 2009, artículo 3.
17 Antonio R. Marín E.: *Derecho civil I…* op. cit., p. 24.

legal de esta situación en el ordenamiento jurídico venezolano: el artículo 466 del Código Civil, disponía que "*…cuando no estuviere vivo el niño en el momento de hacerse la declaración de su nacimiento, la autoridad civil lo expresará así, sin tener en cuenta la declaración de los comparecientes de haber nacido vivo o muerto…*", por aplicación de dicha norma, el funcionario estaba obligado a levantar la partida o acta de nacimiento e inmediatamente el acta de defunción, sin hacer mención sobre si el niño había nacido o no vivo para salvar intereses particulares que, en caso de ser necesario, se dilucidarían por la vía judicial. Pero con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Registro Civil en el año 2010[18], dicha disposición quedó derogada y no fue incluida una semejante en el texto de la ley. Aun cuando la situación parecía parcialmente resuelta con la exigencia del certificado médico de nacimiento como instrumento y requisito fundamental para hacer la declaración del nacimiento (artículo 92), pues se entiende que en dicho certificado se expresarán las condiciones del nacimiento y, con ello, si el niño nació o no con vida, lo cierto es que nada dice la ley sobre qué debe hacerse en el caso de que al momento de la declaración del nacimiento el niño no estuviera vivo, de manera que, hasta allí, existía un vacío legal en esta materia. Posteriormente, con la promulgación y entrada en vigencia del Reglamento N°1 de la Ley Orgánica del Registro Civil[19] se llena el vacío legal que quedó al derogarse el referido artículo 466 del Código Civil, pues se incluyó una norma específica sobre el "mortinato" o el feto no nacido (artículo 23), según la cual éste no será inscrito en el Registro Civil y los registradores civiles deberán abstenerse de extender partida de nacimiento o de defunción en estos casos.

Entendemos que la información de que el feto no nació con vida, provendrá del mencionado certificado de nacimiento expedido en el centro de salud donde haya tenido lugar el parto o, en caso de nacimientos extra hospitalarios, de la declaración jurada de la partera y la constancia emitida por el Consejo Comunal, ex artículo 25 del referido reglamento. En todo caso, los interesados siempre tendrán abierta la vía judicial para hacer valer el hecho que a sus intereses corresponda y contradecir o desvirtuar -con los medios de prueba o a través de las vía legales- lo dicho

18 Ley Orgánica del Registro Civil (2009). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 39.264 (extraordinaria), septiembre 15, 2009.

19 Reglamento Nº 1 de la Ley Orgánica del Registro Civil (2013). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 40.093 (extraordinaria), enero 18, 2013.

en el referido certificado de nacimiento o declaración jurada y constancia de nacimiento extra hospitalario.

Una vez ocurrido el nacimiento acompañado de vida: a) existe una nueva persona, es decir, existe un nuevo sujeto quien será susceptible de la atribución de derechos y deberes jurídicos, b) a partir de ese momento se comenzará a contar la edad del individuo -circunstancia determinante, por ejemplo, en materia de capacidad de obrar- y c) se produce la confirmación de los derechos atribuidos al concebido[20], según se explicará *infra*.

IV. La persona por nacer: situación legal del concebido y su justificación

Desde el momento de la concepción hasta el del nacimiento si bien no existe un sujeto con personalidad jurídica, sí existe una vida humana y, como tal, el Derecho le ofrece protección. Específicamente en el ordenamiento jurídico venezolano, existen normas protectoras de rango constitucional y legal tanto en el ámbito del Derecho civil y como del Derecho penal.

Históricamente, el concebido o feto ha recibido protección en mayor o menor medida. Ya sea por considerarlo una parte de la madre recibiendo, indirectamente, la tutela de las normas protectoras de la madre como ser humano (Derecho romano) o por el reconocimiento de la existencia de una vida humana distinta a la de la madre, con normas que contemplan una protección general de la vida humana o una protección más específica de su condición, como es el caso del Derecho venezolano. Diversas teorías han surgido para explicar o justificar la protección otorgada al concebido. Para algunos, la razón se encuentra en que el concebido tiene personalidad jurídica y, por tanto, es susceptible de la adquisición de derechos y obligaciones (teoría de la concepción). Ya fueron mencionadas las razones por las cuales esta teoría ha resultado descartada.

Ahora bien, en el campo de las teorías que niegan la personalidad jurídica del concebido pueden mencionarse, en primer lugar, la *teoría de la ficción* originaria del Derecho romano, según la cual el Derecho toma en

20 Antonio R. Marín E. Derecho Civil I….op. cit, p.23.

consideración al feto mediante una ficción legal de considerarlo persona -aun cuando todavía no lo sea- para proteger intereses que requieren protección en ese momento, antes del nacimiento, pero siempre a la espera de que posteriormente nazca vivo. Esta teoría encontró su fundamento en el carácter estricto y limitado del Derecho romano, el cual no admitía excepciones a sus rigurosos principios y, por tanto, sólo a través de una ficción podía contrariarse el principio según el cual eran personas sólo los nacidos[21].

En segundo lugar, *la teoría de los derechos condicionales,* según la cual los derechos otorgados al concebido se encuentran sometidos al cumplimiento de una condición (acontecimiento futuro e incierto), bien sea una **condición suspensiva**, es decir, los derechos son atribuidos al concebido pero su consolidación/nacimiento dependerá de que se cumpla la condición: que posteriormente nazca con vida, o una **condición resolutoria**, señalándose que los derechos son atribuidos y pertenecen a quien corresponderían de no existir el concebido, pero se extinguirán para éstos y nacerán para el recién nacido si se cumple la condición: que éste nazca con vida.

La posición del Derecho venezolano al respecto está contenida en el referido artículo 17 del Código Civil: *"al feto se le tendrá como nacido cuando se trate de su bien y para que sea reputado como persona basta que nazca vivo*", afirmación respecto de la cual corresponde hacer algunas precisiones:

a. El no nacido no es persona, no tiene personalidad jurídica.

b. La doctrina nacional es conteste en afirmar que cuando el legislador hace referencia al "feto" lo hace en el sentido de individuo concebido, en el vientre materno, independientemente del tiempo de gestación que éste tenga. De manera que a efectos legales, no vale la distinción médica entre embrión y feto[22].

21 Arturo Valencia Zea: *Derecho Civil...* op. cit., p. 356.

22 Tradicionalmente la definición de feto es: "Producto de la concepción humana, desde fines del tercer mes del embarazo, en que deja de ser embrión, hasta el parto" Guillermo Cabanellas: *Diccionario...* op. cit., p. 132. No obstante, como se indicó, tal distinción no es hecha por el legislador en la norma del artículo 17 del Código Civil y, por tanto, no corresponde hacerla al intérprete.

c. Al concebido sólo se le tendrá como persona cuando se trate de su bien. Para ello basta que exista alguna situación que le sea favorecedora, ya sea desde el punto de vista jurídico en general o, más específicamente, sólo patrimonialmente. Como ejemplos se citan: 1) la posibilidad de adquirir bienes ya sea por sucesión o por donación (beneficio patrimonial), caso en el cual no sólo es posible la adquisición de derechos en forma pura y simple sino, también, es posible la asunción de obligaciones siempre que los derechos o ventajas a adquirir superen dichas obligaciones y 2) la posibilidad de mejorar su condición jurídica, por ejemplo, mediante el establecimiento de su filiación paterna por el reconocimiento que haga el padre con el consentimiento de la madre[23]. No operará respecto del concebido ninguna consecuencia jurídica que pudiere perjudicarle o resultar en detrimento de su condición patrimonial o jurídica[24].

d. La consolidación de esta protección para el concebido dependerá de que éste posteriormente nazca con vida pues, según se ha dicho, no se trata de reconocerle personalidad jurídica -la cual inicia sólo con el nacimiento acompañado de vida- sino de beneficiarlo mediante el reconocimiento de la posibilidad de tener ciertos derechos que se encuentran a la expectativa de que ese individuo se convierta en un sujeto capaz de adquirirlos definitivamente, es decir, que adquiera personalidad jurídica.

e. Por último, la protección que se confiere al concebido deviene de la existencia de vida humana y de la expectativa de vida de un ser que llegará a ser persona. Es allí donde encuentra su fundamento la protección a la vida que se confiere en nuestro ordenamiento jurídico, por ejemplo, penando el aborto como forma de interrupción del proceso de gestación de manera voluntaria, injustificada. Pero cabría preguntarse, ¿podríamos

---

23 Véase artículos 808, 809, 839, 840, 1.431, 1.443 y artículo 223 del Código Civil.

24 Antonio R. Marín E.: *Derecho civil I…* op. cit., p. 20 sobre el particular señala: "La norma es clara y precisa en cuanto a determinar que la retroactividad de la personería jurídica es sólo posible cuando se trate de su bien y, por tanto, si puede perjudicarle, como sería el caso de una prescripción, tal retroactividad no se produce…".

extender esa protección a la forma en que se produce el nacimiento? Es decir, ¿hasta qué punto la manera en que se lleva a cabo el proceso de alumbramiento (parto natural o intervención quirúrgica) es un aspecto que debemos considerar al reconocer esos derechos de la persona por nacer? Sin pretender profundizar en un tema que requiere un análisis más detallado sobre la materia y que no es objeto de este manual, pudiéramos decir que, atendiendo a la naturaleza humana y como quiera que el concebido es una vida independiente, debe respetársele su derecho a nacer atravesando por el proceso de cambio del seno materno al mundo exterior en las mejores condiciones para prepararse para la vida que comienza, condiciones que, sin lugar a dudas, debe dejarse a la Madre Naturaleza determinar y no, solamente, a la comodidad de los padres.

V. La persona por ser concebida: situación legal del no concebido y su justificación

La persona aun no concebida pero que puede llegar a serlo también encuentra cierta protección en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. El fundamento para dicha protección se ha establecido, para algunos (quienes reconocen personalidad jurídica al feto) en una extensión de la personalidad jurídica del concebido y, para otros, en la posibilidad de hacer promesas en favor de terceros, en cuyo caso se trata de alguien que aún no existe pero que puede llegar a existir.

El Código Civil venezolano contempla tres supuestos en los cuales pueden hacerse estipulaciones a favor de quienes aún no se encuentran concebidos: En primer lugar, la posibilidad prevista para que la constitución de hogar[25] beneficie no sólo a las personas que vivan para el momento de la constitución sino, también, a *"...los descendientes inmediatos por nacer de una persona determinada..."* (artículo 633). De manera que no es necesario que tal descendencia se encuentre concebida

25 Sobre la constitución de hogar, José Luis Aguilar Gorrondona señala: "...consiste en excluir un inmueble del patrimonio del constituyente del mismo, y, por ende, tanto de su herencia como de la prenda común de sus acreedores para asegurar a los beneficiarios un lugar donde poder habitar libres de los ataques de los acreedores y de las consecuencias de su propio desatino..." *Derecho civil II. Cosas, bienes y derechos reales.* 4ta. edición. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello, 1995, p. 313.

para el momento de la constitución. En segundo lugar, la posibilidad de ser instituidos como herederos testamentarios[26] "*…los hijos de una persona determinada que viva en el momento de la muerte del testador, aunque no estén concebidos todavía…*" (artículo 840) y, por último, la posibilidad de recibir donaciones para los hijos por nacer de una persona determinada "*…aunque todavía no se hayan concebido…*" (artículo 1.443). En los dos últimos casos, la aceptación corresponderá al futuro padre o madre y priva la voluntad del testador o donante sobre a quién corresponderá la administración de los bienes testamentarios o donados.

VI. Estatuto jurídico del embrión

La protección jurídica al concebido contenida en el Código Civil venezolano y en la mayoría de los ordenamientos jurídicos que no han sido actualizados se creó cuando la única forma de llevar a cabo la concepción era la forma 'natural', producto de la relación sexual y en el vientre materno, lo cual ha generado dudas en cuanto a si tal protección puede o no tener aplicación en otras formas de concepción. En la actualidad ya es conocido que, producto del avance de la tecnología y la medicina y, principalmente, con el objeto de solventar los problemas de fertilidad, se han desarrollado muy avanzadas técnicas de reproducción asistida o artificial respecto de las cuales pudiera considerarse que existe un vacío legal, por falta de regulación expresa.

Limitando aquí el estudio de esta materia sólo a la condición jurídica del concebido fuera del vientre materno, existe discusión sobre a partir de cuándo puede considerarse que existe embrión humano, vida humana y por tanto opera o debe operar la protección y el reconocimiento de la dignidad humana. Parte de la doctrina y algunos ordenamientos jurídicos distinguen entre "pre-embrión", cuando no se ha completado la información hereditaria o genoma[27] (hasta los 14 días) y "embrión" cuando esta información se ha completado y, por tanto, se considera que

26 La sucesión testamentaria es aquella en la cual el causante o *de cujus* (fallecido) ha dispuesto, entre otras cosas, sobre el destino de su patrimonio para después de su muerte mediante un testamento. Véase: artículos 833 y siguientes del Código Civil.

27 El genoma según el Diccionario de la Real Academia Española es el "…conjunto de los genes de un individuo o de una especie…". Se trata de un código genético particular, único e individualizado en cada ser humano.

la vida humana ha iniciado. Para otros no debe existir tal distinción, pues se trata de salvaguardar la vida humana sin condicionamientos[28].

No obstante estas posiciones encontradas y sin profundizar en este momento en discusiones que corresponden a la Bioética, puede afirmarse que el fundamento de la protección jurídica del concebido fuera del vientre materno debe ser el mismo que existe para el que se encuentra dentro del vientre: existe vida humana y, como tal, es digna de ser protegida por el Derecho. De manera que, como quiera que donde el legislador no hace distinción no puede hacerla el intérprete, lo dispuesto en el artículo 17 del Código Civil tiene aplicación cualquiera que sea la forma en que la concepción se haya llevado a cabo, pues la norma hace referencia al "feto" sin hacer distinción alguna y ya se ha aclarado que no se trata del sentido médico de feto (después de 8 semanas de gestación) sino de concebido en sentido general. En tal sentido, de acuerdo con la norma del Código Civil indicada y los derechos fundamentales contemplados en la Carta Magna que son, a su vez, expresión de los tratados internacionales en materia de protección de la vida y la dignidad humana, podemos concluir con estas precisiones:

- No debe hacerse distinción entre preembrión, embrión, feto.

- Debe entenderse que la protección es para el concebido, independientemente de la forma de concepción.

- El concebido, aún fuera del vientre materno, es objeto de protección.

- Debe prohibirse la manipulación genética: cambio de sexo, clonación.

- Fecundación sólo con fines de reproducción, no sólo de investigación científica.

28 En este sentido, M. Monroy Cabra señala: "…desde la concepción debe aplicarse el principio *favor legis* sin adoptar espacios en blanco como el del pre-embrión. (…) La protección legal del nasciturus comienza desde la concepción y así debe aceptarse como forma de proteger mejor el derecho a la vida…". Marco Gerardo Monroy Cabra: *Derecho de familia y de menores.* 9[na.] edición. Bogotá. Librería Ediciones del Profesional, LTDA., 2004, p. 117.

- No debe existir retribución económica alguna entre los intervinientes (donantes, salvo el pago de honorarios profesionales del médico y gastos clínicos).

- Deben existir y celebrarse entre los intervinientes acuerdos o contratos específicos que garanticen el consentimiento informado y determinen obligaciones y responsabilidades de los centros médicos en cuanto al manejo de los embriones.

VII. Cálculo de la concepción: importancia. Dificultad. Presunción Legal

Partiendo del hecho de considerar al feto como nacido cuando se trate de su bien, siempre pudiendo mejorar su condición jurídica y pasando por otros efectos derivados de la época o momento de la concepción tales como: determinación de la filiación, impugnabilidad o inimpugnabilidad del matrimonio, protección o prerrogativas para la mujer embarazada en materia de sanciones penales, protección de la maternidad en el ámbito laboral, prohibición y penalización del aborto, entre otros, la importancia en la determinación de la oportunidad en que ocurre la concepción se hace evidente.

No obstante, como ya se ha precisado el estudiar las teorías sobre el inicio de la personalidad del ser humano, existen dificultades para determinar el momento exacto en que ocurre la concepción, al menos tratándose de concepción/fecundación natural.

Como consecuencia de tales dificultades, pero vista la necesidad de probar el momento de la concepción, históricamente han existido diversas soluciones. Así, por ejemplo, en cuanto a la determinación del tiempo de gestación, los egipcios, griegos y romanos ya hablaban de gestaciones largas y gestaciones cortas, estando las largas alrededor de los 300 días y las cortas alrededor de 180 días, con algunas extensiones o reducciones que existieron en las diferentes épocas. En el antiguo Derecho francés se dejó a criterio de los jueces la determinación del tiempo de gestación y con ello el momento de la concepción, llegándose a abusos como considerar embarazos de 450 días de duración (15 meses), razón por la cual finalmente se acogió el criterio de fijar en un mínimo de 180 días y

un máximo de 300 el tiempo del embarazo (Código de Napoleón). Igual criterio siguió el Código Civil Alemán (BGB) con pequeñas variaciones.

Ahora bien, no basta establecer ciertos parámetros en cuanto al tiempo de gestación, es necesario determinar el momento en el cual inició esa gestación (la concepción). Para ello, frente a la imposibilidad de determinar un momento preciso, los ordenamientos jurídicos modernos ofrecen como solución el establecimiento de un margen de tiempo, un lapso, en el cual se presume que la concepción ocurrió. Se trata de recurrir a la prueba indirecta del hecho a través del sistema de las presunciones[29]. Es esa la solución venezolana.

Según lo dispuesto en el artículo 213 del Código Civil *"Se presume, salvo prueba en contrario, que la concepción tuvo lugar en los primeros ciento veintiún (121) días de los trescientos (300) que preceden el día del nacimiento*", de donde se infiere lo siguiente:

a. El legislador venezolano sigue el criterio de que, para que el niño producto de la gestación nazca con vida, la duración máxima del embarazo debe ser de 300 días y la mínima de 180. Se entiende entonces que, en principio, un niño que nazca antes de 180 días (6 meses) de gestación, no nacerá con vida, como tampoco el que nazca después de 300 días (10 meses) de gestación, aunque quepa siempre la prueba en contrario.

b. No establece un momento preciso en que ocurre la concepción sino un margen de tiempo, un lapso en el cual ésta debió haber ocurrido y dicho margen lo establece en los primeros 121 días del tiempo del embarazo o gestación, de manera que la concepción pudo haber ocurrido en cualquiera de esos días, es decir, desde el día 1 (durando el embarazo el tiempo

29 Las presunciones, según lo dispuesto en el Código Civil venezolano, son consecuencias que la ley o el juez determinan de un hecho cierto o conocido para establecer o inferir uno incierto o desconocido (artículo 1.394). Y de allí que puedan ser: *hominis* o creadas por el hombre y dejadas a la prudencia del juez (artículo 1.399) o *iuris*, de Derecho, creadas o establecidas en la ley (artículo 1.395), las cuales dispensan de toda prueba a quien las tiene a su favor y, que a su vez, pueden ser: absolutas o *iuris et de iure*, es decir, que no admiten la prueba contraria y relativas o *iuris tantum*, que sí admiten prueba en contrario.

máximo de 300 días) hasta el día 121 (durando el embarazo el tiempo mínimo de 180 días).

c. Siguiendo el sistema de las presunciones, para realizar el cálculo se parte de la fecha del hecho cierto (el nacimiento) y se cuenta retroactivamente (hacia atrás) 300 días, a partir de allí se cuenta hacia adelante 121 días y es en ese lapso que se presume que ocurrió el hecho incierto (la concepción).

d. Se trata de una presunción relativa o *iuris tantum*, es decir, que se admite la prueba contraria. Podrá el interesado, entonces, demostrar que la concepción ocurrió en un momento distinto a dicho lapso de 121 días (antes o después) si cuenta con la prueba para ello.

Por último, vale la pena acotar que tratándose de fecundaciones artificiales o de alguna manera manipuladas por el hombre, podrá determinarse el momento de la concepción con mayor o menor precisión, dependiendo de la técnica de reproducción que haya sido utilizada (inseminación artificial, fecundación *in vitro*, fecundación dirigida, etcétera), con lo cual se tendrá la prueba directa de dicho momento y podrá desvirtuarse la presunción legal de ser necesario.

Capítulo 6

Los Derechos de la personalidad: generalidades[1]

SUMARIO

I. Concepto

Se ha hablado ya en este manual de la persona natural, del ser humano. Queremos rescatar ahora una de las características fundamentales de la persona: La Dignidad. Etimológicamente la dignidad es consustancial con la personalidad –cualidad de ser persona-. El término etrusco "*phersu*" o "*perséfone*"; el griego "*prosopon*" y, por supuesto, el latino "*personare*" servían para designar al actor, al personaje, a quien tenía un papel significativo y preeminente en la escena, a quien era *digno* de representar uno o varios papeles.

La *dignidad*, fundamentada en la autonomía y la libertad y, a su vez, instrumento para lograr la trascendencia humana constituye, por una parte, un freno o limitante a eventuales atropellos, humillaciones

1 Sergio Campana Zerpa. Profesor de la Universidad Católica del Táchira.
Correo electrónico: scampana @ucat.edu.ve

u ofensas en contra de la persona y, por la otra, una garantía del pleno desarrollo de la personalidad humana.

Debemos precisar que el concepto de dignidad al que aludimos es la dignidad ontológica, intrínseca e inherente, que pertenece necesaria e ineludiblemente a todo ser humano, diferente a la dignidad derivada de la conducta del ser humano. Sus acciones y comportamientos podrían hacer al hombre, en el plano axiológico, más o menos digno, pero en el plano ontológico, por sobre todas las cosas y por ser *humano*, tiene dignidad intrínseca. Cada ser humano es tan valioso como cualquier otro ser humano. Tal como magistralmente lo afirma Paul Ricoeur[2] "Algo se le debe al ser humano por el solo hecho de que es humano", o como lo dice Polaino-Lorente[3]: "Todo hombre ha de ser tratado como lo que es, como algo único e irrepetible, provisto de unas características particulares y de un destino también peculiar, que en parte él mismo determina". El reconocimiento de esa dignidad justifica la existencia y desarrollo de esta categoría especial de derechos que llamamos derechos de la personalidad.

Si tomamos las palabras del magistrado del Tribunal Constitucional de España, doctor Rafael de Mendizábal Allende[4], según las cuales: "En el vuelo del hombre hacia la libertad, en esa larga marcha histórica, los motores han sido siempre uno tras otro la Ciencia y el Derecho. Aquélla rompiendo el frente de batalla, y éste ocupando permanente el terreno ganado", podemos entender el significado de los derechos de la personalidad. Podríamos entonces decir que los derechos de la personalidad garantizan y protegen la dignidad, develada por la Ciencia, como esencia misma de la persona. Aquellas facultades concretas que le corresponden al ser humano por el sólo hecho de ser persona, y que le permiten, dignamente, su marcha hacia la libertad y la trascendencia.

El irrespeto a uno de esos derechos de la personalidad, significaría, "la negación y el desconocimiento de la dignidad humana en su ineludible e integral generalidad"[5].

2 Citado por Pedro Federico Hooft en su obra: *Bioética, Derecho y Ciudadanía.* Temis, 2005.
3 Aquilio Polaino-Lorente: *Manual de Bioética General.* Madrid. Rialp, 1994.
4 Véase Bioética y Justicia. *Estudios de Derecho Judicial.* 2000, p. 38.
5 Héctor Gross Espiell. Ética, Bioética y Derecho. Temis. 2005, p. 271.

Como lo afirma Hoyos Castañeda[6] la dignidad de la persona humana tiene una dimensión relativa, pues quiere decir que el hombre es distinto, en su ser, de las demás criaturas, esto es, tiene una eminencia ontológica que lo hace participar más plenamente del ser. Nos diferenciamos, como seres humanos, de los animales y otros seres vivos porque estos no son autárquicos ni autónomos, no se poseen ni se dominan a sí mismos, no tienen conciencia plena de su ser, carecen en fin de dignidad humana, precisamente esa diferenciación justifica la existencia de los derechos de la personalidad.

Los derechos de la personalidad están constituidos y representados por todas aquellas facultades que poseemos los individuos humanos por nuestra sola condición de humanos; no dependen de conducta, comportamiento, concesión del estado o de terceros, o de alguna adquisición del sujeto, protegen la dignidad como esencia del ser, salvaguardando a su vez los atributos o manifestaciones de la personalidad de todas y cada una de las personas.

II. Evolución

Si bien en los textos antiguos conseguimos escasas referencias a esta especial categoría de derechos, esta carencia es explicable si consideramos que, en ese entonces, los atributos de la personalidad que garantizan la dignidad de la persona, tenían un manto de protección que devenía, fundamentalmente, del derecho público. Durante muchos siglos se constituyeron los llamados derechos humanos o derechos fundamentales en un escudo protector de los particulares, frente a los atropellos del estado, llegando a materializarse esa protección gracias a la Revolución Francesa y su célebre "Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano". Pero, es apenas en el siglo XX cuando se desarrolla la doctrina que garantiza la dignidad del ser humano y los atributos propios de su personalidad no sólo frente al Estado sino además, y muy particularmente, frente a las otras personas.

Aunque algunos estudiosos pretendan encontrar el génesis de los derechos de la personalidad en el propio Cicerón cuando propugnaba por

6 Ilva Hoyos Castañeda: "Entre la naturaleza y la dignidad". *Pensamiento y Cultura.* Número 1. 1998, p. 143.

la "existencia de una comunidad universal de los hombres fundamentada en la propia razón humana", o en el mismísimo Derecho natural basado en la "razón humana", o en el cristianismo ya que San Agustín defendía la existencia de una "ley divina e inmutable a la que debía someterse el Derecho positivo de cada pueblo", lo cierto es que esta categoría especial de derechos que conocemos hoy como derechos de la personalidad y que, como hemos dicho, tienen por objeto proteger la esencia de la personalidad humana, es decir, la dignidad, frente a los propios particulares, se materializa con la Revolución Francesa y se consolida con la victoria de la revolución comunista de la Unión Soviética (1917-1918) que, además de darle la visión actual a estos derechos, incluyó otros. A partir de esa fecha y durante todo el siglo XX se fue desarrollando la teoría de los derechos de la personalidad como hoy la conocemos, es decir, como protección contra un eventual abuso por parte de otros particulares mas que por parte del Estado mismo.

III. Naturaleza jurídica

Prevalece -aunque con bastante oposición- en la doctrina moderna la tesis de que los derechos de la personalidad son auténticos derechos subjetivos[7].

Muchos han considerado que no pueden existir derechos sobre la propia persona y, por ello, estos derechos de la personalidad carecen de objeto, o confunden sujeto y objeto de derecho. Pudiera replicarse que el objeto de los derechos de la personalidad no es la propia persona sino manifestaciones físicas o intelectuales de la personalidad humana.

Ferrara, para justificar que son efectivamente derechos subjetivos, ha sostenido que en estos derechos, como en la mayoría de los derechos absolutos, el objeto no es la cosa, sino los terceros obligados a respetar su goce y ejercicio. Son, estos derechos, términos de referencia de la obligación negativa que incumbe a todas las demás personas.

7 A favor, por ejemplo: Planiol y Ripert y los hermanos Mazeaud (Francia); De Ruggiero y Messineo (Italia); Castán Tobeñas (España); Valencia Zea y Ortiz Monsalve (Colombia); Guillermo Borda (Argentina), Aguilar Gorrondona, Marin Echeverria, y Hung Vaillant (Venezuela).

En el mismo sentido Díez-Picazo[8] afirma que los derechos de la personalidad, en realidad, configuran poderes de exclusión del Estado y de los terceros sobre la propia persona o sobre lo que pudiera llamarse, la esfera de su personalidad.

Estas contradicciones doctrinarias (filosóficas o meramente semánticas, según la posición que tomemos frente a ellas) explican la diversidad de denominaciones de las que ha sido objeto la misma categoría de derechos. "Derechos esenciales o fundamentales" (De Cupis); "derechos sobre la propia persona o sobre el propio hombre" (Carnelutti); "derechos fundamentales y primordiales (Carbonnier); "derechos subjetivos esenciales" (Castán Tobeñas); y, la que casi por unanimidad acoge la doctrina venezolana, "derechos de la personalidad" (Ferrara), pero no desdicen su condición de derechos subjetivos entendidos como facultades de la persona sobre los atributos esenciales de su personalidad que protegen su dignidad humana (vida e integridad física, identidad, honor, reputación, imagen, etcétera). Claro, constituyen una categoría muy especial de derechos subjetivos como se verá adelante.

IV. Características

Los derechos de la personalidad, categoría especial de derechos subjetivos como hemos acotado, se caracterizan por ser:

1. Derechos innatos y necesarios

Son connaturales y consustanciales con la persona. Se adquieren por el sólo hecho de ser persona y desde el propio inicio de su existencia y son inseparables de ella. No puede concebirse una persona que no tenga derechos de la personalidad y no se requiere la realización de acto alguno, ni mucho menos concesión especial, para adquirirlos. Debemos incluso aplicar la disposición legal conforme la cual, *el feto se tendrá por nacido cuando se trate de su bien*[9], por tanto, desde el momento mismo de la concepción se tiene la protección jurídica de los atributos de la personalidad. Por otra parte, esta categoría especial de derechos de la personalidad y los atributos que ellos protegen, no son enajenables,

8 Luis Díez Picazo y Antonio Gullón. *Sistema de Derecho Civil.* Tecnos, 2001, p. 320.
9 Artículo 17 del Código Civil.

embargables, ejecutables ni expropiables. El ser humano *necesita* de ellos, por tanto, no pueden separarse voluntaria ni forzosamente del mismo.

2. Derechos vitalicios

Mientras exista la persona, es decir, mientras viva el ser humano, tendrá personalidad y derechos de la personalidad. Hoy día, superadas oscuras prácticas como la esclavitud y la muerte civil[10], solo se pueden "perder" los derechos de la personalidad con la muerte, única forma de extinción de la personalidad.

3. Derechos absolutos

En el sentido que son oponibles a cualquier persona. Todos los sujetos de derecho están forzados a reconocer la existencia de estos derechos y a respetar los mismos. A diferencia de los derechos relativos (por ejemplo los derechos de crédito que sólo pueden ser opuestos al obligado), los derechos de la personalidad son oponibles a terceras personas aún cuando éstos sean ajenos al titular del derecho y al acto que lo generó o consolidó, es decir, son absolutos, "*erga omnes*".

4. Derechos esenciales

Durante nuestra vida podemos adquirir ciertos derechos, por ejemplo, de orden patrimonial. Podemos, también, perder en cualquier momento algunos o todos esos derechos que habíamos adquirido, por tratarse estos derechos (la propiedad, por ejemplo) de derechos eventuales. En contraposición a ellos, los derechos de la personalidad son *esenciales*. No hay, como quedó dicho, persona que nazca sin ellos y tampoco existe la posibilidad legal de que viva sin derechos de la personalidad.

5. Derechos extra patrimoniales

Los atributos de la personalidad y su pilar fundamental la dignidad humana son invalorables en dinero. No hay manera de apreciarlos económicamente ya que protegen *valores éticos* del ser humano y no

10 Institución vigente en la edad media conforme a la cual las personas podían, en vida, y normalmente por castigos o condenas penales, perder la personalidad.

valores económicos. La vida, la integridad física, el honor, la identidad o la vida privada de una persona, por mencionar sólo algunos de sus derechos de la personalidad, no tienen precio, no están en el mercado, no son bienes susceptibles de apropiación por parte de los particulares. Tampoco constituyen o pudieran constituir garantía de cumplimiento de algún tipo de obligación. La célebre escena del Mercader de Venecia[11] en la que Antonio coloca como garantía del pago de tres mil Ducados una libra de su propia carne, no podría tener validez en el siglo XXI.

Ahora bien, cuando se lesiona uno de los derechos de la personalidad y precisamente ante la imposibilidad de reponer el mismo por no encontrarse en el mercado (imposibilidad de cumplimiento en especie), puede imponerse al agresor, en beneficio de la víctima, una sanción pecuniaria (cumplimiento por equivalente). Debemos tener claro que esta compensación económica no representa el valor o precio del bien o atributo lesionado, sino que viene a constituir, más bien, la contrapartida pecuniaria del perjuicio causado por la afectación de ese derecho. Con un ejemplo podremos entender mejor. El honor y la reputación (derechos de la personalidad) no tienen precio. No hay dinero en el mundo que pueda comprarlos. Sin embargo, podría suceder que, por acciones de un tercero, una persona sea expuesta injustamente al escarnio público y vea afectado su honor y su reputación. ¿Qué sanción le impondrá el juez al agresor? ¿Acaso podrá condenarlo a reintegrar un kilo, un metro o un litro de "honor"?. Evidentemente que no. La actitud culposa del agresor le obliga al cumplimiento de una obligación: la reparación del daño, pero el cumplimiento lo tiene que hacer por equivalente. El juez va, entonces, a determinar una cantidad de dinero que no significa el valor del honor lesionado, sino una contrapartida monetaria por haber sufrido, la víctima, la violación de su derecho al honor y la reputación y le impondrá al agresor la obligación de pagar esa suma.

6. Derechos indisponibles, irrenunciables e imprescriptibles

La voluntad privada no es suficiente para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir los derechos de la personalidad. Estos se crean, modifican o extinguen únicamente por las causas previstas en la ley. No puede un particular renunciar de manera expresa o tácita a cualquiera de

11 Comedia de William Shakespeare.

los derechos de la personalidad porque, como ya hemos apuntado, son derechos necesarios que protegen la dignidad de la persona. Por la misma razón son imprescriptibles, quiere esto decir, que ni se adquieren ni se pierden por el paso del tiempo. La prescripción extintiva (pérdida del derecho por el paso del tiempo) obedece a una interpretación legal de la voluntad tácita del individuo de renunciar al derecho. Sin embargo, si en el caso de los derechos de la personalidad no es válida ni aceptable la renuncia expresa, mucho menos podría dársele valor a una supuesta renuncia tácita. Debemos aclarar que si bien es cierto que no puede renunciarse al derecho como tal, no es menos cierto que sí podría renunciar el particular a reclamar la indemnización en caso de vulneración de uno cualquiera de estos derechos.

7. Derechos privados

Protegen, frente al Estado y frente a terceras personas, desde el punto de vista privado, intereses particulares y personales de cada quien. Esto es precisamente lo que diferencia los derechos de la personalidad de lo que hoy se conoce como derechos humanos fundamentales. Es cierto que muchos de los atributos propios de la personalidad protegidos, desde el punto de vista privado, por los derechos de la personalidad, por ejemplo, el derecho a la vida, también tienen una protección del Derecho público, pero esto no altera el carácter privado del derecho a la vida.

V. Clasificación

Nipperdey[12] sostenía que no existen varios derechos de la personalidad. Sólo existe, para el citado autor, un derecho general y abstracto de la persona, que implica la protección de sus atributos y presupuestos. Un derecho general de la personalidad que procura la conservación, inviolabilidad, dignidad y libre desenvolvimiento de la individualidad. A su decir, el derecho a la vida, al honor, etcétera, no son sino partes integrantes esenciales de aquel derecho general. Lo que los alemanes llaman un derecho *fuente* o *matriz*. Un solo derecho, con múltiples objetos, como múltiples y variados son los atributos de la persona.

12 Citado por Arturo Valencia Zea y Alvaro Ortiz Monsalve: *Derecho Civil, Parte General y Personas*. Bogotá. Temis, 1997, p. 363.

Por otra parte la mayoría de los estudiosos, y sobre todo los modernos se inclina por entender que, si bien puede concebirse la personalidad como una categoría jurídica, los atributos de la persona son varios perfectamente clasificables. Hecha esta aclaratoria clasificaremos, para efectos pedagógicos, los derechos de la personalidad luego de hacer otra salvedad: Nuestra Constitución Nacional en sus artículos 22 y 50 acoge lo que se conoce como la concepción progresiva de los derechos del hombre. Sostiene nuestra carta magna que la enumeración de los derechos y garantías contenidos en ella, y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren en ella expresamente. Por ello una clasificación nunca será completa.

Clasificaremos entonces, a los únicos efectos de facilitar su exposición y entendimiento, los derechos de la personalidad, de la siguiente manera:

- Derechos a la individualidad e identidad.

- Derechos sobre el propio cuerpo.
  - Derecho a vivir.
  - Derecho a la salud e integridad física.
  - Derecho a disponer del propio cuerpo en vida.
  - Derecho a disponer del cadáver.

- Derechos relacionados con la personalidad moral.
  - Derecho a la libertad y voluntad.
  - Derecho al honor y reputación.
  - Derecho al secreto, reserva, vida privada e intimidad.
  - Derecho sobre la imagen.
  - Derecho moral de autor.

- Otros derechos de la personalidad.

El derecho a la individualidad o identidad, así como los derechos sobre el propio cuerpo, serán tratados, dada su extensión, en temas aparte en este mismo manual. Los demás derechos de la personalidad serán abordados, y desarrollados en la extensión que el breve espacio nos lo permite, a continuación.

VI. Derecho a la libertad y voluntad

Todo ser humano nace libre y tiene derecho a vivir en libertad. Afirmaba Cicerón que *la libertad* es el derecho de hacer lo que las leyes permitan. Cuando abordamos la libertad como derecho de la personalidad vamos mucho más allá de la libertad física de la persona (suficientemente garantizada por el Derecho público), nos referimos a la posibilidad, por una parte, de negarse a hacer lo que la ley no ordene y, por la otra, de hacer lo que no está prohibido pues; al no estar prohibido, debemos entender que está permitido. Aun cuando reconocemos que no todos los estudiosos aceptan la coincidencia entre libertad y voluntad, a los fines de su estudio como derecho de la personalidad, nos inclinamos por incluir en el derecho a la libertad, el derecho a la voluntad o al libre albedrío, también conocido como la autodeterminación personal, entendido este como la posibilidad de constituir, reglar, transmitir, modificar, y extinguir nuestras relaciones jurídicas (autonomía de la voluntad) sin más limitaciones que las establecidas en las leyes o las derivadas del derecho de los demás. Hablamos de la posibilidad de escoger libremente la pareja; de decidir libremente con quien tener relaciones sexuales, o de mantenerse célibe; la libertad de decidir en qué forma se traen los hijos al mundo (mediante parto natural cuando ello sea posible, o mediante cesárea cuando esto sea necesario o recomendable, pero después de haber dado su consentimiento informado para ello[13]); la libertad de conciencia, de elegir y profesar la religión que más nos guste, o no profesar ninguna, de estudiar o no una determinada carrera; de ser propietario o no de un bien; de circular, etcétera. Como bien lo dibuja Díez-Picazo,[14] el derecho de la persona a no encontrar obstáculos o impedimentos en su realización como tal. La libertad debemos entenderla como posibilidad de elección entre dos o más opciones jurídicamente válidas. La libertad, entendida en este sentido amplio, tiene protección constitucional conforme al artículo 20[15] que establece el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad, mientras que el artículo 54 *ejusdem* se refiere en forma mucho más limitada a la libertad física y personal.

---

13 Se recomienda leer con respecto a la "medicalización del parto" o "industrialización del nacimiento" que limita a los padres las posibilidades de elegir la forma en que traerán sus hijos al mundo, a Michel Odent: *El nacimiento en la era del plástico*. Argentina. Editorial Creavida, 2011.

14 Obra citada, p. 334.

15 C.N: Artículo 20. "Toda persona tiene derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad, sin más limitaciones que las que derivan del derecho de las demás y del orden público y social".

VII. Derecho al honor y reputación

Entiéndase por honor el sentimiento de dignidad que cada persona tiene de sí misma, es decir, el sentido subjetivo, lo que cada quien piensa de sí mismo, la autoestima. Por reputación entiéndase el sentido objetivo, es decir, la percepción que tienen los demás sobre la dignidad de una persona; la fama o buen nombre. Hay quien, sin embargo, entiende que el honor incluye implícitamente la reputación, pero este no parece ser el sentido que le da nuestra Constitución y nuestra jurisprudencia a ambos términos. Así la carta magna, en su artículo 60, reconoce el derecho de las personas al honor y a la reputación. El Código Penal[16] sanciona como delitos atentar contra el honor y la reputación de las personas. En el plano privado, el artículo 1.196 del Código Civil, faculta al juez para acordar una indemnización a la víctima en caso de atentado a su honor o a su reputación. Nuestra jurisprudencia ha llegado a extender el derecho a la reputación, y la protección legal de esta, hasta las personas jurídico colectivas. Ha dejado claro nuestro máximo tribunal de justicia que los entes que, sin ser individuos de la especie humana, tienen personalidad jurídica por reconocimiento del derecho, tienen garantizada la protección a su reputación ya que esta es la apreciación que de ella tienen los demás, no sucede lo mismo con el honor que, por ser eminentemente subjetivo, no le es reconocido a las personas colectivas[17].

VIII. Derecho al secreto, reserva, vida privada e intimidad

Cada quien tiene derecho a vivir en forma independiente su propia vida, con un mínimo de injerencia ajena. Este derecho, estrechamente vinculado con el derecho al honor, constituye una barrera en contra de intromisiones ajenas en nuestra particular esfera íntima y familiar.

El vertiginoso desarrollo de las comunicaciones y de las tecnologías ha obligado a que se dicte una regulación, casi universal, del derecho a la reserva y vida privada de las personas y así lo ha acogido nuestra Constitución.

16 El artículo 241 tipifica el delito de calumnia y el 444 el delito de difamación e injuria.

17 Véase sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 3 de agosto de 2010 (La Rochef, C.A. Vs. Cadafe), con ponencia de la Magistrada Yolanda Jaimes Guerrero.

Algunos autores[18] advierten una diferencia entre vida privada e intimidad, el derecho a una vida privada, a su decir, significa el no ser molestado, mientras que la intimidad supone aspectos reservados o secretos de la persona. La propia Constitución Nacional reconoce, aunque en el mismo artículo 60, ambos derechos por separado.

La divulgación de información particular y sensible de una persona relacionada, por ejemplo, con su filiación, su matrimonio o su divorcio, su vida amorosa, sus pasatiempos, su estado de salud, puede constituir una injustificada intromisión en su vida privada.

La información de los recursos financieros de una persona y de su capacidad patrimonial es, sin duda, parte de la vida privada y, hoy día, especialmente sensible, por lo que su divulgación no autorizada podría constituir un sancionable atentado a la reserva de la vida privada de la persona.

Debemos aclarar que cada quien como principal artífice de su destino, es en la misma medida principal artífice de su vida privada. Cada quien delimita lo que es, para él, la vida privada y dónde debe establecerse el límite entre lo que es privado e íntimo y lo que es público. Es bien distinta la esfera de lo personal, secreto e íntimo de un artista que utiliza su imagen y la hace pública como una forma de ganar popularidad, rompiendo en algunos casos las barreras que la moral tradicional recomienda (Lady Gaga, por poner un ejemplo actual), si la comparamos con lo que debe entenderse por personal, secreto y reservado en el caso de una religiosa de clausura. Implica entonces la determinación de la violación del secreto, reserva y vida privada, la necesidad de hacer un análisis situacional pues, como quedó dicho, lo que es violatorio de esa reserva para una persona puede no serlo para otra.

Abarca este derecho el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas (escritas y orales), y de escritos confidenciales.

La develación del genoma humano, avance indiscutible de la ciencia, presenta hoy día una amenaza a la intimidad genética de una persona.

18 María Candelaria Domínguez Guillén: *Ensayos sobre Capacidad y otros temas de Derecho Civil*. Caracas. Tribunal Supremo de Justicia, 2001, p. 484.

Entendemos que la previsión del artículo 60 constitucional, concordado con el principio del reconocimiento progresivo de los derechos de la personalidad, permitiría la protección jurídica de nuestra intimidad genética, así como de otros derechos que no tienen un reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento jurídico.

IX. Derecho sobre la propia imagen

Entendemos por imagen la figura, representación, semejanza y apariencia de una persona, independientemente del medio o técnica utilizado para captarla y reproducirla. Se ha venido reconociendo como parte de la intimidad de la persona (así lo hace el artículo 60 de la Constitución Nacional) y, principalmente el rostro de las personas, ha sido objeto de protección jurídica como una de las manifestaciones de la personalidad, sin embargo, ha alcanzado un reconocimiento como derecho autónomo dado que el avance vertiginoso de la tecnología, permite a través de la imagen una muy fácil vulneración de la privacidad y, posiblemente, del honor de las personas. La doctrina internacional es, prácticamente, unánime al reconocer que no toda exposición de la imagen de una persona constituye una violación a sus derechos de la personalidad. El uso con carácter informativo de la imagen de una persona en su actuación pública, no debería constituir un acto sancionable. La publicación, por ejemplo, de la imagen de un futbolista anotando un gol decisivo no es violatoria de sus derechos. Por el contrario sí hay una violación clara cuando la imagen de una persona se utiliza, sin su consentimiento, con fines comerciales como la promoción de un determinado producto; o cuando, también sin su consentimiento, a través de la publicación de la imagen de la persona se vulnera la privacidad o intimidad de ella, o el honor o reputación de los que es acreedora (como pudiera ser la publicación de fotos o videos íntimos).

En los mismos términos de la protección al derecho sobre la propia imagen se ha venido reconociendo un derecho sobre las expresiones orales de la persona, es decir, sobre su voz. La publicación de una grabación no siempre constituye una violación a los derechos de la personalidad. Sin embargo, cuando esta tiene fines comerciales o atenta contra la intimidad o contra el honor de la persona, es un acto sancionable.

X. Derecho moral de autor

Las obras del ingenio de una persona le generan, como mínimo, un doble derecho. El derecho a su explotación comercial, en ese caso hablamos del derecho de autor o de propiedad intelectual que no es uno de los derechos de la personalidad, y el derecho de carácter personal y moral sobre la obra que abarca, por ejemplo, el reconocimiento de su autoría, las decisiones sobre cambios a la obra, sobre los términos y las condiciones en que pudiera ser publicada, aspecto que sí constituye uno de los derechos de la personalidad.

XI. Otros derechos de la personalidad

Como hemos dicho anteriormente nuestra Constitución Nacional, así como pactos internacionales suscritos y aprobados por nuestro país, establecen el principio de progresividad de los derechos de la personalidad conforme al cual, el hecho de que un derecho particular no haya sido incluido y desarrollado por nuestras leyes, por nuestra jurisprudencia o por la doctrina, no implica la negación del mismo. Por eso debemos siempre dejar abierta la puerta a otros derechos que se vayan consolidando como innatos y necesarios, vitalicios, absolutos, esenciales, extra patrimoniales, indisponibles, irrenunciables e imprescriptibles, y con protección desde el Derecho privado.

Modernamente se habla de una ¨tercera generación" de derechos de la personalidad cuyo núcleo central se encuentra en el valor solidaridad, incluso intergeneracional. Incluyen allí los autores a derechos como, por ejemplo, a la protección del ambiente natural y cultural en beneficio propio y de futuras generaciones; derecho de las generaciones futuras; protección de la especie humana; desarrollo sustentable, etcétera[19].

Antes de hablar de esta tercera generación ya se reconocían derechos como *el derecho a la procreación*, incluso a través de medios artificiales (medios artificiales descubiertos y desarrollados por la ciencia que ha dejado escarpado un terreno que el derecho debe ocupar y, de hecho, está ocupando). Así el artículo 76 constitucional, al establecer el derecho a la maternidad y paternidad y a establecer responsablemente

19 Pedro Federico Hooft en su obra: *Bioética, Derecho y Ciudadanía*... op. cit., p. 21.

el número de hijos que se deseen concebir, incidentalmente reconoce el derecho a la procreación y a la reproducción asistida. Derecho, en este caso, que ha sido reconocido expresamente por la jurisprudencia patria[20].

Podríamos también en este orden de ideas hablar del *derecho a la autodeterminación informativa*, es decir, el derecho que tiene toda persona de acceder a cualquier fuente de información referida a sí misma, y a corregir y controlar la misma. El artículo 28 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece lo que la doctrina ha denominado el "*Habeas data*" conforme al cual el particular puede acceder, con las limitaciones establecidas en la ley, a la información que sobre su persona conste en registros públicos o privados, conocer su uso y solicitar al tribunal competente la actualización, rectificación o incluso destrucción de la misma en caso de contener datos erróneos o que afecten ilegítimamente sus derechos.

En este mismo orden de ideas, podríamos hablar del derecho a la salud; a la determinación sexual; a la dignidad (aunque entendemos y desarrollamos la dignidad como fundamento de todos los derechos, hay quien desarrolla este como un derecho autónomo y, más aún, como continente de otros derechos); el derecho al sentimiento de afección y otros derechos de la personalidad.

20 Véase Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 27 de julio de 2006 (Yamilex Coromoto Nuñez de Godoy Vs. Grupo Médico de Fertilidad del Centro Docente La Trinidad) con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero.

Capítulo 7

Los Derechos de la Personalidad: Derechos sobre el cuerpo[1]

SUMARIO

I. El Derecho a la vida: Fundamentos éticos, constitucionales y legales. II. Contenido y alcance. III. Vida en etapa terminal: Terminación anticipada de la vida y muerte digna. IV. El derecho a la integridad física: Fundamentos éticos y legales. V. El derecho a disponer del propio cuerpo en Vida: Donación y trasplante de órganos y otros materiales anatómicos en seres humanos vivos. VI. Derechos sobre el cadáver.

I. El Derecho a la vida: Fundamentos éticos, constitucionales y legales

Cuando abordamos en páginas anteriores el concepto de derechos de la personalidad, hicimos referencia a la dignidad humana en el sentido ontológico de la misma. Aquella condición intrínseca e inherente a todo ser humano por el sólo hecho de serlo. Afirma Hoyos Castañeda[2], citando al profesor Melende, que "desde la concepción, nos encontramos ante una persona humana, dotada de un alma y un acto de ser personales, consecuencias de una acción divina creadora y, por consiguiente, provista de toda la dignidad". Reconocer esa dignidad del ser humano, aunque nuestra legislación lo reconozca como persona a partir del nacimiento vivo, obliga a reconocer el derecho que él mismo tiene a la vida. Hay consenso en la doctrina en cuanto a que el derecho

1 Sergio Campana Zerpa. Profesor de la Universidad Católica del Táchira.
Correo electrónico: scampana@ucat.edu.ve

2 Ilva Hoyos Castañeda: *La Persona y sus derechos*. Bogotá. Editorial Temis, S.A., 2000, p. 222.

a la vida es el más fundamental de todos los derechos del hombre pues sin la vida, y por ende sin la personalidad, carecen de sustrato todos los demás derechos. CIFUENTES[3] prefiere hablar de un "derecho a vivir" para no confundirlo con el "derecho a la vida" que tiene el concebido y al cual hemos hecho extensa referencia en el tema relativo al inicio de la personalidad. En todo caso, más allá de disquisiciones meramente semánticas, nos referimos al derecho fundamental que tiene todo ser humano a que su vida sea respetada por el Estado, por terceras personas, e incluso por él mismo.

Entendemos por vida el espacio de tiempo que transcurre entre el nacimiento y la muerte de un ser vivo, muerte que debería ocurrir en el momento biológicamente justo, ni antes ni después. La vida representa a la par un valor y un derecho, por cierto el derecho más preciado para el orden legal. La vida es presupuesto de la personalidad y sustento, por tanto, de todos los demás derechos. Según DOMÍNGUEZ GUILLÉN[4], la vida se presenta simultáneamente como presupuesto de la personalidad humana; como derecho y como principio, como valor y como fin. Una de las finalidades del orden jurídico es preservar la "vida" porque su término constituye también el fin de la personalidad jurídica del ser humano. Tenemos entonces que, por el sólo hecho de ser personas, más allá de consideraciones axiológicas, todos tenemos derecho a vivir nuestra vida sin injerencias del estado o de terceros que puedan acortar nuestra existencia natural, ni tampoco alargar la misma.

El primer deber ético del ser humano para consigo mismo debe ser el respeto y la promoción de la vida, tanto la propia como la ajena.

El artículo 43 constitucional establece la inviolabilidad a este fundamental derecho[5] tal como lo hacía el 58 de la Constitución de 1961 ya derogada.

---

3 Citado por MARÍA CANDELARIA DOMÍNGUEZ GUILLÉN: *Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil*. Caracas. Tribunal Supremo de Justicia, 2001, p. 475.

4 MARÍA CANDELARIA DOMÍNGUEZ GUILLÉN: *Inicio y extinción de la personalidad jurídica del ser humano*. Caracas. Tribunal Supremo de Justicia, 2007, p. 34 y ss.

5 C.N: "Artículo 43. El derecho a la vida es inviolable. Ninguna ley podrá establecer la pena de muerte, ni autoridad alguna aplicarla. El Estado protegerá la vida de las personas que se encuentren privadas de su libertad, prestando el servicio militar o civil, o sometidas a su autoridad en cualquier otra forma".

El artículo 1 de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, garantiza el disfrute pleno de sus derechos desde el momento mismo de la concepción.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre aprobada en Bogotá en 1948, establece en su primer artículo que todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona. En idénticos términos se pronuncia la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de las Naciones Unidas, también de 1948.

El Pacto Internacional de los Derechos civiles y políticos (ONU, 1966), en su artículo 3, dispone que el derecho a la vida es inherente a la persona humana, que estará protegido por la ley y que nadie podrá, arbitrariamente, ser privado de él. El artículo 4 del Pacto de San José protege la vida humana también desde la concepción.

De conformidad con el artículo 23 de nuestra Carta Magna, estas normas internacionales, suscritas y ratificadas por Venezuela, tienen carácter de ley nacional y jerarquía constitucional, prevaleciendo en el orden interno, en la medida que contengan normas sobre el goce y ejercicio de derechos humanos más favorables a las establecidas en la propia Constitución y son, además, de aplicación inmediata y directa.

En el plano penal el derecho a la vida está ampliamente protegido, más no nos corresponde ocuparnos de ello en este texto.

II. Contenido y alcance

Hemos dejado claro que el derecho a la vida o el derecho a vivir implica e impone el respeto irrestricto al mismo por parte del Estado y de terceras personas. De esta forma nadie puede violarnos nuestro derecho a vivir. Ahora bien, ¿desde el punto de vista de la propia persona, ese derecho a vivir también sería irrestricto e ilimitado?

La posición que mayor vigencia tiene en la doctrina nacional e internacional sugiere que la persona tiene un derecho ilimitado a la preservación de su vida. Eso quiere decir que el derecho que tenemos no se extiende, por ejemplo, a decidir cuándo terminamos con nuestra

existencia. Poner fin anticipado a nuestra vida sería un actuar reñido con la moral, con la ética y con la Ley. Obviamente esto no supone la preservación de la vida a toda costa y más allá de los límites naturales porque, en ese supuesto, nos estaríamos enfrentando al derecho que tenemos a morir con dignidad. Díez-Picazo[6] acertadamente sostiene que el hombre no tiene un poder total y absoluto sobre su propia vida y ello porque *la vida no posee un valor puramente individual sino familiar y social*. De esta forma mal podría una persona disponer de su propia vida cuando esa vida (o el interés de preservarla) no es única y exclusivamente de ella, sino que le pertenece también a la familia y a la sociedad. En la preservación de mi vida no sólo tengo yo interés personal, también tiene un legítimo interés mi familia y la sociedad.

III. Vida en etapa terminal: Terminación anticipada de la vida y muerte digna

El ser humano, precisamente por el reconocimiento que hacemos de su dignidad, debe ser considerado como tal hasta el final. Es sujeto y no objeto, debe ser tratado como fin y no solamente como medio. La medicina como ciencia ha de estar al servicio de los intereses vitales del ser humano y guiada por el principio de la benevolencia. Ante una enfermedad terminal, cuando la muerte es inevitablemente cercana (estimada en 6 meses o menos según la mayoría de autores, para hablar de enfermedad terminal), cobra vigencia el aspecto anteriormente tratado y que refiere la posibilidad de acortar la vida del paciente, particularmente cuando se encuentra en un estado crítico, penoso y padece un extremo sufrimiento. Lo mismo puede ocurrir frente a un "*estado vegetativo persistente*" (EVP), bajo el cual el paciente tiene una pérdida de conciencia permanente, un coma irreversible. En ambas situaciones se han agotado los recursos de la ciencia y no hay una forma previsible de que la persona recobre su salud o su conciencia. Ante una realidad como esta, por penosa que sea la situación, reiteramos, no es aceptable acortar la existencia del ser humano, como tampoco lo es alargarla a través de medios extraordinarios y desproporcionados. Debemos, en rigor científico, hacer algunas precisiones terminológicas.

6 Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho Civil*. Madrid. Editorial Tecnos, 2001, p. 326.

Eutanasia es toda acción, en este caso hablamos de *eutanasia activa*, u omisión y estaríamos entonces hablando de *eutanasia pasiva*, provocada por el personal sanitario, encaminada a dar muerte, de una manera indolora, a los enfermos incurables y terminales con la principal intención de liberarlos del sufrimiento. Se conoce también como *homicidio piadoso* ya que su principal razón y fin es la compasión con el ser humano que está sufriendo. Se trata de una acción deliberada como, por ejemplo, la aplicación de un fármaco; o de la omisión de cuidados básicos y necesarios (hidratación y alimentación), siempre con la intención de dar fin a la existencia del paciente y que debe ser aplicada por el equipo de atención médica.

La *eutanasia* puede ser voluntaria o involuntaria, según el paciente desee o no su muerte. A la *eutanasia involuntaria*, es decir, a espaldas del propio paciente se le conoce también como *cacotanasia*. Debemos precisar que el hecho de que la solicite o consienta el enfermo o no, en nada cambia su calificación e improcedencia. En ambos casos la eutanasia es injustificada y penada por el ordenamiento jurídico venezolano.

No puede hablarse de *eutanasia* cuando el fin perseguido es otro diferente a causar la muerte por compasión, por ejemplo, no podemos hablar de *eutanasia*, sino que por el contrario es una práctica totalmente aceptable desde el punto de vista ético y legal, además de recomendable, la aplicación de medicamentos para aliviar el dolor aún cuando ellos produzcan directa e inevitablemente un acortamiento de la vida. La medicina tiene como fines básicos, en ese orden, aliviar el dolor y curar la enfermedad. Si es científicamente imposible curar la enfermedad, el equipo sanitario debe enfocarse en aliviar el dolor del enfermo. Si lograr ese objetivo implica, haciendo uso de los analgésicos convenientes y necesarios y ante la carencia de otros recursos, que se genere colateralmente un acortamiento en la vida del paciente, las actuaciones paliativas son válidas e incluso recomendables aunque conlleven, como consecuencia no deseada, ese acortamiento de la vida del paciente.

Tampoco podemos hablar de *eutanasia* cuando la omisión va encaminada a retirar medios extraordinarios y desproporcionados de vida. Medicamente se entiende que el paciente terminal tiene derecho, como respeto a su dignidad, a recibir hidratación, por sonda nasogástrica

o vía endovenosa de ser necesarias, y alimentación[7]. La administración de analgésicos, sedantes y antibióticos, trasfusiones y oxigenoterapia, así como la colocación de sondas, drenajes y venopunción, son de uso corriente y podríamos decir que constituyen parte del soporte básico debido a un enfermo y deberían ir acompañados por la atención familiar (hablar, cantar, leer, escuchar o sencillamente acompañar al moribundo).

Igualmente es impreciso hablar de *eutanasia* cuando la acción u omisión está a cargo de persona que no forme parte del equipo médico o paramédico de asistencia al paciente. Si es el propio paciente el que se provoca la muerte (sea por acción u omisión) estamos frente a un caso de *suicidio* cuya tentativa es, también, penada por la legislación venezolana. Si es el médico u otro miembro del personal sanitario, o incluso una tercera persona, el que proporciona al enfermo terminal un fármaco con la intención de que este sea quien se lo auto administre estaríamos hablando de un *suicidio asistido*, acto típicamente antijurídico en nuestro derecho (delito).

Ortotanasia es la muerte a su tiempo. Sin acortamientos ni alargamientos innecesarios. Es la aceptación del fin de la existencia en su justo momento. El alargamiento de la vida mediante medios extraordinarios y desproporcionados (respiradores artificiales, por ejemplo) puede justificarse como medida para estabilizar el paciente y sacarlo de una situación crítica, sin embargo, cuando medicamente es imposible superar ese cuadro médico, el uso de estos medios se convierte en un "*ensañamiento terapéutico*" o *distanasia*.

Adistanasia es la práctica que tiene como fin interrumpir el "*ensañamiento terapéutico*" o *distanasia* y es perfectamente válida desde el punto de vista moral y legal pues allí no se está acortando la vida del paciente, por el contrario, se está evitando prolongar artificialmente la misma. Es por esto que, una vez declarada la *muerte cerebral* del paciente, es aceptable y recomendable desconectar ese cuerpo humano ya sin vida propia de los medios artificiales o extraordinarios de soporte y en este caso no estaríamos hablando de *eutanasia*.

7 Autores varios bajo la coordinación de JUAN MÉJICA: *Bioética Práctica*. Madrid. Editorial Colex. 2000, p. 60.

En los últimos años ha venido cobrando vigencia el término de *muerte digna* como alternativa ante la imposibilidad e impertinencia de acortar la vida de un enfermo terminal e incurable. En este mismo manual, al tratar sobre la extinción de la personalidad, abordaremos este tópico para conocer las recomendaciones a seguir frente a un enfermo terminal.

IV. El Derecho a la integridad física: Fundamentos éticos y legales

El derecho a la integridad física tiene un reconocimiento paralelo e igual al derecho a la vida y comparte sus fundamentos éticos: nuestra dignidad humana exige que no se atente contra nuestra integridad física. Se impone al Estado, a las terceras personas y al propio sujeto el respeto a su integridad física, a su cuerpo.

Este derecho tiene también consagración constitucional en este caso el artículo 46[8] establece el derecho a la integridad física y a no ser sometido sin consentimiento a experimentos o tratamientos médicos. Cabe aquí hablar de la llamada *objeción de conciencia*, es decir, el derecho que tienen las personas para no ser obligadas a obrar en contra de sus propias convicciones legítimas. Con limitaciones, el artículo 61 de la Constitución Nacional establece la libertad de conciencia, *salvo que su práctica afecte la personalidad o constituya delito*. Es frecuente el caso que personas, alegando la *objeción de conciencia*, se nieguen a someterse a ciertos tratamientos médicos. Así, los Testigos de Jehová, por ejemplo, se niegan a recibir transfusiones de hemoderivados (sangre, glóbulos rojos, glóbulos blancos o plaquetas) aún cuando esto implique poner en riesgo su integridad física y hasta su vida. Nuestro Tribunal Supremo de Justicia

---

8 C.N: "Artículo 46. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, en consecuencia:
Ninguna persona puede ser sometida a penas, torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda víctima de tortura o trato cruel, inhumano o degradante practicado o tolerado por parte de agentes del Estado, tiene derecho a la rehabilitación.
Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
Ninguna persona será sometida sin su libre consentimiento a experimentos científicos, o a exámenes médicos o de laboratorio, excepto cuando se encontrare en peligro su vida o por otras circunstancias que determine la ley.
Todo funcionario público o funcionaria pública que, en razón de su cargo, infiera maltratos o sufrimientos físicos o mentales a cualquier persona, o que instigue o tolere este tipo de tratos, será sancionado o sancionada de acuerdo con la ley".

se ha pronunciado con respecto a la objeción de conciencia sentenciando que la misma debe ceder ante derechos superiores como el derecho a la vida o a la integridad física[9]. Los Testigos de Jehová, u otras personas con similares creencias y convicciones, podrían negarse a ser trasfundidos siempre y cuando exista en el país un tratamiento médico alternativo que les garantice su salud, integridad física y vida, de lo contrario podrán ser forzados, en contra de su voluntad, a recibir la transfusión como manera de preservar sus propios derechos superiores (vida, integridad física y salud).

Por razones de interés público el Estado podría atenuar el ejercicio pleno de este derecho a la integridad física cuando, por ejemplo, ordena una masiva vacunación forzada de toda la población o, por lo menos, de una parte de ella sometida a riesgo.

V. El Derecho a disponer del propio cuerpo en Vida: Donación y trasplante de órganos y otros materiales anatómicos en seres humanos vivos

En Venezuela el derecho a disponer del propio cuerpo con fines de donación y trasplante estuvo regulado hasta 2011, por la Ley sobre Trasplante de Órganos publicada en Gaceta Oficial No. 4.497, extraordinario, de fecha 3 de diciembre de 1992. El 25 de noviembre de 2011 se publicó en Gaceta Oficial No. 39.808 una nueva Ley sobre Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos.

Una de las más importantes novedades de la nueva Ley especial que regula la donación de órganos en Venezuela, es la *donación presunta*, un avance que han acogido varios países pero que, definitivamente, no es la única alternativa para promover la donación de órganos *post mortem*.

Conviene para entender la necesidad de otras medidas que promuevan la donación voluntaria de órganos, darle una mirada al Derecho comparado. El caso de Uruguay, líder en nuestra región en cuanto a tasa de donación (19,1 donantes por millón de habitantes versus 3,3 de Venezuela[10], es decir, seis veces más donantes que en nuestro país),

9 Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 14 de agosto de 2008 con ponencia de Carmen Zuleta de Merchán.

10 Antes de la entrada en vigencia de la nueva ley. Al momento de la segunda edición de este manual

es digno de análisis, pues su normativa, en cuanto a la donación presunta es mucho más tímida que la aprobada por nuestra Asamblea Nacional.

La parte final del artículo 1 de la Ley Nº 14.005 sobre trasplante de órganos y tejidos, vigente en Uruguay, dispone:

> "…No se podrá emplear a los fines científicos y terapéuticos que consigna la ley, el cadáver de una persona ingresada a un establecimiento asistencial, público o privado, fallecida sin haber podido manifestar su voluntad, si no es luego de tres horas de producirse el deceso sin que, en dicho lapso, se hubieran opuesto los familiares indicados en el artículo 9º. Cuando el internado se abstuviera de manifestar su voluntad, en caso de fallecimiento, la decisión estará a cargo de los parientes indicados en el artículo 9º."

Como se puede apreciar, sólo después de tres horas del fallecimiento y sin que haya manifestación contraria de los familiares, es que se podría proceder a extraer los órganos para efectos de trasplante. Entendemos que este lapso de tres horas pudiera significar que, por el deterioro de los órganos, ya no sea posible el trasplante. Sin embargo, debemos a manera de comparación, observar que Uruguay, aún con esa limitante, es líder regional en donación de órganos y la razón es porque se ha creado conciencia y cultura en torno al tema.

En otros países de nuestra región, por cierto citados en la propia exposición de motivos de la Ley de reforma, existe la donación presunta pero, como en Uruguay, siempre con la posibilidad de que los familiares y allegados puedan oponerse y desvirtuar tal presunción cuando tengan motivos para considerar que su pariente o ser querido no tenía esa voluntad de donar órganos después de su muerte.

Citando la propia exposición de motivos de la nueva Ley de Trasplante de órganos tenemos:

> "…En **Chile** también se adoptó la donación de órganos y tejidos desde cadáver con base al consentimiento presunto mediante la Ley 19.451 en la que se expresa:

aún no se tenían estadísticas posteriores a la entrada en vigencia de la *donación presunta*.

> "Puede disponerse de los órganos de una persona sólo para fines terapéuticos y después de su muerte, siempre que no exista declaración de oposición de parte de él o sus familiares o representante legal." (subrayado adicionado).

Nótese, entonces que Chile con una tasa de donación que duplica con creces la de Venezuela, reserva la posibilidad, para los familiares de desvirtuar ese consentimiento presunto.

Retomamos la exposición de motivos para evaluar el caso de Méjico.

> "…En **Méjico** de acuerdo a la Ley General de Salud, se maneja una variante de consentimiento presunto mediante el que también se consulta a los familiares del potencial donante fallecido en caso de que este en vida, no haya expresado su oposición a donar sus órganos o tejidos:
> "**Artículo 324**. Habrá consentimiento tácito del donante cuando no haya manifestado su negativa a que su cuerpo o componentes sean utilizados para trasplantes, siempre y cuando se obtenga también el consentimiento de alguna de las siguientes personas: el o la cónyuge, el concubino, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante; conforme a la prelación señalada. (resaltados adicionados).

También en Méjico los familiares tienen la posibilidad de desvirtuar la presunción de ser donante.

El artículo 7 de la nueva ley venezolana insiste en las campañas de información y promoción esta vez a cargo del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de salud. Debemos recordar que la ley de 1992, con palabras más o menos parecidas, establecía que, el para entonces Ministerio de Sanidad y Asistencia Social, en coordinación con los medios de comunicación, debía promover la cultura de donación de órganos[11], sin embargo, a muy poco tiempo de entrada en vigencia aquella ley, ésta disposición pasó a ser letra muerta. Esperemos que no suceda lo mismo ahora.

---

11 Ver primer aparte del artículo 25 de la Ley de 1992.

De regreso a nuestro país, en relación a la *donación presunta*, el artículo 27 de la nueva Ley que reforma y sustituye al artículo 16 de la Ley de 1992, es del tenor siguiente:

> "**Artículo 27**. Toda persona mayor de edad, civilmente hábil, a quien se le haya diagnosticado la muerte, se presumirá donante de órganos, tejidos y células con fines terapéuticos, salvo que existiese una manifestación de voluntad en contrario. La constancia de voluntad contraria de la persona a la donación total o parcial de sus órganos, tejidos y células, se evidenciará en el Sistema Nacional de Información Sobre Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células que dispondrá de los instrumentos y mecanismos necesarios para ello."

Por su parte, la disposición transitoria única establece:

> "Dentro del primer año de entrada en vigencia de esta Ley, el Ejecutivo Nacional por medio de los órganos correspondientes, dispondrá de los mecanismos e instrumentos para que las personas expresen su voluntad en contrario o selectiva para donar órganos, tejidos y células."

Es importante observar que la nueva ley extiende la *donación presunta* incluso a la muerte encefálica[12], lo cual aplaudimos por constituir, sin lugar a dudas, un avance respecto a la ley de 1992 que limitaba la presunción sólo al caso de muerte clínica.

La donación presunta tiene, en la propia ley, dos excepciones: No se considerará, en virtud del respeto a su cultura, cosmovisión, práctica, espiritualidad, usos y costumbres, como *donantes presuntos* a los indígenas[13]; y no podrán extraerse órganos, tejidos o células de niños o adolescentes fallecidos, salvo que haya autorización expresa del padre y madre o representante legal[14].

Si bien es cierto que la donación por consentimiento presunto evita que la familia afligida y ante el bloqueo emocional que significa la pérdida de un ser querido, se vea obligada a deliberar sobre la petición de

---

12 El artículo 3 de la Ley define a la muerte encefálica como la pérdida absoluta e irreversible de todas las funciones encefálicas y del tallo cerebral.
13 Ver artículo 12 de la nueva Ley de Trasplante de Órganos.
14 Ver artículo 34 de la nueva Ley de Trasplante de Órganos.

donación que hace el equipo médico, humildemente consideramos que, por respeto a la *dignidad* del ser humano, debería haberse establecido en la propia ley -como lo hacen muchos otros países- la posibilidad de que los familiares desvirtúen esa presunción y, a manera de contra sesgo, dar suficiente información a la población en cuanto a la seguridad, altruismo y humanismo de la donación de órganos.

La donación de órganos en Venezuela, entre seres humanos *vivos*, está limitada de la siguiente manera:

1. Sólo se podrán donar órganos, tejidos y células con fines *terapéuticos*, de investigación y de docencia[15]. Está absolutamente prohibido en consecuencia, y además penado, el comercio y tráfico de órganos[16]. También está proscrita la donación y trasplante de un órgano con fines estéticos. El fin *terapéutico* (remedio para el tratamiento de una *enfermedad,* entendida esta como una alteración más o menos grave de la salud) del trasplante está reiterado en la propia ley cuando define el Trasplante como la sustitución, con fines *terapéuticos*, de órganos, tejidos o células por otros provenientes de un ser humano donante, vivo o muerto[17]; cuando define al *Donante*, señalando que es el ser humano quien durante su vida haya manifestado su voluntad de donar, o aquel que no haya manifestado su voluntad en contrario, se le extraen órganos, tejidos y células después de su muerte, con el fin de utilizarlos para trasplantes en otros seres humanos, con objetivos *terapéuticos de investigación o docencia, según corresponda*[18]; cuando define al *Receptor* como el ser humano en cuyo cuerpo podrán implantarse órganos, tejidos y células *con fines terapéuticos*[19]; cuando ordena que los trasplantes, con fines *terapéuticos*, se hagan en establecimientos hospitalarios autorizados y supervisados por el Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de salud[20]; cuando ordena que se deben agotar, previamente al trasplante, los medios *terapéuticos*

15 Artículo 1 de la nueva Ley Sobre Trasplante de Órganos.
16 Véase el Capítulo VII de la Ley.
17 Numeral 18 del artículo 3 de la Ley Sobre Trasplante de Órganos.
18 Numeral 8 del artículo 3 de la Ley Sobre Trasplante de Órganos.
19 Numeral 14 del artículo 3 de la Ley Sobre Trasplante de Órganos.
20 Artículo 5 de la Ley Sobre Trasplante de Órganos.

usuales[21]; y al prohibir retribuciones o compensaciones económicas por los órganos retirados con fines *terapéuticos*.

2. Sólo podrán hacerse retiros y colocaciones de órganos (siempre con fines *terapéuticos*) en institutos, establecimientos y centros hospitalarios autorizados por el Ejecutivo Nacional[22], los cuales han de disponer de instalaciones y equipos idóneos y personal capacitado[23].

3. El trasplante de órganos ha de ser el último recurso, una vez que los métodos *terapéuticos* usuales hayan sido agotados y no exista otra solución para devolver la salud al paciente, mantener la vida y que la expectativa de rehabilitación del o de la paciente alcance niveles aceptables de supervivencia y calidad de vida[24]. Si hay otro tipo de tratamiento, por imperio de la ley, debe agotarse el mismo antes de recurrir al trasplante. Se excluye la posibilidad de hacer trasplantes por razones estéticas ya que es clara la ley al señalar como requisito de procedencia del trasplante, que lo que se pretenda es recuperar la *salud* del paciente.

4. No se pueden donar órganos únicos o vitales, tejidos y células entre personas vivas, cuya separación pueda causar la muerte o la discapacidad total o parcial del o de la donante[25]. Pretende de esta forma la ley proteger y preservar los derechos a la vida y a la integridad física que tienen todas las personas aun cuando en casos como este el presunto agresor pudiera ser la propia persona. Acepta nuestra ley que se puedan trasplantar, parcialmente, órganos únicos siempre y cuando la separación no cause la muerte o la incapacidad física, total o permanente, del donante.

5. Sólo serán admitidos como donantes los parientes consanguíneos hasta el quinto grado, el o la cónyuge, el concubino o concubina

21 Artículo 9 de la Ley Sobre Trasplante de Órganos.
22 Artículo 5 de la Ley Sobre Trasplante de Órganos.
23 Artículo 6 de la Ley Sobre Trasplante de Órganos.
24 Artículo 9 de la Ley Sobre Trasplante de Órganos.
25 Artículo 17 de la Ley Sobre Trasplante de Órganos.

en unión estable de hecho durante los dos años anteriores, como mínimo, a la donación, siempre que este nexo esté comprobado por la autoridad civil[26]. Entiende la Ley que el acto de donar en vida un órgano es de tal impacto que sólo puede ser aceptado desinteresadamente por un familiar cercano; personas distintas a las antes citadas, sin ningún tipo de parentesco o relación con el receptor, pudieran estar aspirando a una compensación económica oculta. Por tanto, para evitar el tráfico de órganos, la Ley prefiere limitar las personas que pueden ser donantes. Por otra parte, la cercanía del parentesco aumenta las posibilidades de compatibilidad entre donante y receptor.

6. Importante excepción a la anterior regla ha establecido la nueva legislación, al incorporar la modalidad del *trasplante cruzado*, definido como aquel que consiste en ceder un órgano cuando una pareja de donante-receptor no es compatible entre sí, a otra pareja en igual circunstancia y viceversa[27]. Bajo autorización del órgano rector en materia de salud (Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de salud)[28], puede aceptarse un intercambio de órganos en caso de que, por ejemplo, dos madres que están dispuestas a donar, cada una, uno de sus riñones a su respectivo hijo pero no haya compatibilidad, hagan la donación -simultánea para evitar arrepentimientos- al hijo de la otra, aun cuando no tengan con él relación de parentesco.

7. El donante ha de ser mayor de edad, a menos que se trate de donantes de células progenitoras hematopoyéticas[29], con el consentimiento escrito de sus padres o representante legal[30].

8. El donante debe contar con un dictamen médico actualizado y favorable sobre su estado de salud, incluyendo el aspecto psiquiátrico[31]. Pretende esta disposición legal por una parte asegurarse que la extracción del órgano, dado el buen estado de

26 Artículo 18 de la vigente Ley Sobre Trasplante de Órganos.
27 Ver el artículo 3, numeral 19 de la nueva Ley de Trasplante de Órganos.
28 Ver artículos 13 y 18 de la nueva Ley de Trasplante de Órganos.
29 Células potenciales capaces de reproducir las tres series de células sanguíneas.
30 Artículo 19, numeral 1 de la vigente Ley Sobre Trasplante de Órganos.
31 Artículo 19, numeral 2 de la nueva Ley Sobre Trasplante de Órganos.

salud del donante, no le va a causar la muerte o una incapacidad total o permanente, y por la otra, que el donante ha manifestado su consentimiento sin que el mismo esté viciado porque este no se encuentre en pleno uso de sus facultades mentales.

9. Previo a la extracción del órgano con fines de trasplante, se deben realizar todas las pruebas médicas especializadas para tener razonable certeza sobre la compatibilidad entre donante y receptor[32].

10. Está estrictamente prohibida cualquier retribución o compensación directa o indirecta por los órganos, tejidos, y células para ser trasplantados. Queda prohibido y es nulo de nulidad absoluta el acto o contrato distinto a la donación pura y simple.

11. Prohíbe de manera expresa la ley que las mujeres embarazadas o las personas con discapacidad intelectual sean donantes; y, si la donante fuera una mujer en edad fértil deberá, previamente, descartarse el embarazo[33].

12. Los receptores de órganos tienen la obligación de cumplir con el control y tratamiento inmunosupresor y de mantener hábitos saludables de vida[34].

13. El donante debe dar su *consentimiento informado* previo a la extracción del órgano, y este consentimiento es siempre revocable sin que la manifestación de voluntad de donar un órgano y su posterior revocatoria hagan nacer derechos contra el fallido donante[35]. Quiere esto decir que el donante puede, en cualquier momento antes de la extracción del órgano, arrepentirse y hacer valer el derecho que tiene sobre su integridad física a pesar de que hubiera dado su consentimiento para la extracción y posterior donación con fines terapéuticos del órgano.

---

32 Artículo 19, numeral 3 de la vigente Ley Sobre Trasplante de Órganos.
33 Ver artículo 19 de la nueva Ley.
34 Ver artículo 44 de la nueva Ley.
35 Ver artículos 19, 20 y 21 de la vigente Ley Sobre Trasplante de Órganos.

La ley a fin de garantizar que el consentimiento del donante sea libre e informado, establece:

1. La obligación a cargo de los médicos de informar suficientemente al donante y al receptor del riesgo que implica la operación y sus secuelas, así como la obligación de informar las posibilidades de éxito

2. Que la manifestación de voluntad de donar un órgano se haga ante la comisión de profesionales encargada de dirigir el programa de trasplante y ante dos testigos idóneos, por escrito, libre de coacción física y moral, y que se deje constancia en su propia historia médica[36].

Para fines estadísticos la ley ordena a todas las instituciones y establecimientos de salud autorizados para realizar trasplantes, llevar un registro de todas las actas y actos médicos relacionados con la Ley[37]. Este registro deberá presentarse, mensualmente, al Ministerio y debe incluir: Lista de receptores potenciales; número de trasplantes realizados; análisis de sobrevida actuarial, índice de rechazo y complicaciones; pacientes fallecidos por muerte encefálica y si los órganos fueron utilizados por el Sistema de Procura de Órganos, Tejidos y Células; órganos, tejidos y células rescatados con su procedencia y destino; componentes anatómicos descartados; y trasplantes fallidos.

Establece también la obligación para las empresas o servicios de trasporte aéreo, terrestre, marítimo y fluvial, públicas o privadas, de dar prioridad para transportar el equipo humano, órganos, tejidos y/o células, necesarios para realizar un trasplante[38]. En caso de no cumplir con esta obligación podrán ser sancionadas con multas de hasta 5.000 unidades tributarias, de conformidad con la previsión del artículo 51.

Merece especial referencia el artículo 29 de la nueva ley pues establece los criterios de selección de receptores, exigiendo que ellos sean objetivos, verificables y de carácter público. Serán criterios aceptables, de acuerdo con la propia ley: urgencia médica, territorialidad, características

36 Artículo 20 de la Ley Sobre Trasplante de Órganos de 2011.
37 Ver artículo 8 de la nueva ley.
38 Ver artículo 11 de la nueva ley.

médicas del receptor o la receptora, antigüedad en la lista de espera y reciprocidad, entendida como el otorgamiento de prioridad a quien ha donado con anterioridad. Debemos a esto añadir que, conforme al artículo 35 *ejusdem*, los niños y adolescentes tendrán prioridad absoluta.

Las instituciones, establecimientos y centros de salud donde se realice extracción de órganos para trasplantes, deberán como muestra de respeto a la dignidad del ser humano, disponer de los medios necesarios para la restauración estética del cadáver (sin cargo alguno para los familiares o sucesores) y garantizar la devolución del cadáver en el menor tiempo posible[39].

VI. Derechos sobre el cadáver

Como acertadamente lo afirma el profesor Aguilar Gorrondona[40], se acepta que el cadáver no puede ser objeto de propiedad y tráfico, que tiene una tutela jurídica especifica inspirada en la idea de que constituye un residuo de la personalidad y que la propia persona puede, si lo desea, consagrar su cadáver para fines humanitarios o científicos o disponer de él, total o parcialmente, con fines de donación, en el entendido de que si no manifestare lo contrario en vida, se entenderá que estaba en disposición de donar sus órganos, tejidos y células.

Creó la Ley de Trasplante de Órganos de 2011, en su artículo 15, el *Sistema Nacional de Información sobre Donación y Trasplante,* que viene a reemplazar y sustituir el anterior *Sistema de Procura de Órganos para Trasplantes (SPOT)*[41], desarrollado y ejecutado por la Organización Nacional de Trasplantes de Venezuela (ONTV), bajo la supervisión y control del Ministerio del ramo (Ministerio del Poder Popular para la Salud)[42]. Este sistema maneja un registro nacional de todas las personas que hayan manifestado su voluntad contraria a la donación de órganos, así como las limitaciones o condicionamientos que hayan podido haber

39 Ver artículo 31 de la Ley reformada.

40 José Luis Aguilar Gorrondona: *Derecho civil I, Personas.* Caracas. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2007, p. 153.

41 Basado en el "Proyecto Siembra" del Ministerio de Sanidad y Consumo y la Organización Nacional de Trasplantes de España.

42 Véase la Resolución 027 del 29/1/01 publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 37.135 de fecha 6/2/2001, ratificada en la Gaceta ORBV N. 37.778 del 18/9/03.

impuesto[43] los posibles donantes, y de todas las personas que se encuentran a la espera de un órgano para, haciendo uso de criterios públicos y objetivos como ya hemos referido asignar eficiente y trasparentemente los órganos que se puedan obtener.

43 Ver artículo 42 de la nueva Ley de Trasplante de Órganos.

Capítulo 8

La identidad de las Personas Naturales[1]

SUMARIO

I. El Nombre. a. Concepto. b. Importancia y evolución histórica del nombre. c. Naturaleza Jurídica. d. Caracteres. e. Elementos. f. Determinación del Nombre. g. El Apellido de la Mujer Casada. h. El cambio de nombre de pila en la legislación venezolana. Ley Orgánica de Registro Civil. II. El Seudónimo. a. Concepto. b. Clases. c. Adquisición y Pérdida del derecho al Seudónimo. d. Régimen Legal. III. El Sobrenombre.

I. El Nombre

a. Concepto

Al igual que en muchas otras materias, aquí el Derecho toma la palabra del lenguaje común, pero se le da un preciso significado jurídico. Según Cabanellas[2], el nombre es la palabra o vocablo que se aproxima o se da a una persona o cosa, a fin de diferenciarla o distinguirla de las demás, sea de un modo individual o al menos colectivo. En relación con las personas naturales, el nombre se entiende de tres maneras. a) como nombre de pila o particular (María, José, Luis) lo que se llama nombre en sentido estricto; b) como apellido (Torres, Fernández, etcétera); c) a la vez, cual nombre y apellido como en ciertos documentos o diligencias

1 Annalisa Poles de Graciotti. Profesora de la Universidad Católica del Táchira.
Correo electrónico: apoles@ucat.edu.ve.

2 Guillermo Cabañeras: *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Tomo VI. 16va. Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta S.R.L., 1981.

que requieren simplemente el "nombre" del interesado, entendiéndose una completa identificación.

El nombre es un atributo de la persona que sirve para identificarla constituyendo un derecho de la personalidad. Se incluye dentro de él tanto el nombre en sentido estricto llamado también de pila o bautismal o prenombre, que distingue al individuo dentro de la familia y el apellido común a la familia, llamado también patronímico. También puede agregárseles el sobrenombre (apodo o alias) y el seudónimo, pero no constituyen partes del nombre en sentido estricto.

b. Importancia y evolución histórica del nombre

El nombre y el apellido sirven para individualizar a las personas, presentando grandes ventaja prácticas: se evita la confusión de una persona con otra, se facilitan las comunicaciones, hacen posible la correspondencia, evitan que un sujeto se haga pasar por otro e identifican a los miembros de una misma familia. Entre los romanos se utilizó un primer nombre (*prae nomen*) libremente escogido, que servía para identificar a las personas; y un segundo nombre (*nomen*) que calificaba a las personas según la filiación, es decir, de acuerdo a la familia de la cual descendían. El *nomen* es equivalente al apellido actual y el *prae nomen*, al nombre.

En cuanto a la formación de los apellidos, en casi todos los países se empleó el mismo sistema: la mayoría de los apellidos se derivan del nombre del padre, con una pequeña modificación. En España se hizo agregando la partícula "ez" en vez de decir "hijo de". Así tenemos Fernández, González, Martínez (hijo de Fernando, Gonzalo, Martín); en los ingleses se añadió "son". Así Johnson proviene de John (hijo de John). Entre los rusos, se añadían "Vich" o "Wics" para los hombres y "ovna" para las mujeres: (Ivanovich, hijo de Ivan; Alexandrovich, hijo de Alexandro; Petrovna, hija de Pedro). Otros apellidos se crearon tomando el nombre de lugares de donde eran originarios sus portadores o de donde vivían (Toledo, Madrid, Córdoba, Salamanca, Sevilla, Santander, León, Aragón, etcétera, o de sus particularidades físicas (Calvo, Barriga, Blanco, Rubio, Rojo) de su profesión u oficio (Coronel, Alcalde, Guerrero) o de la naturaleza y de las cosas en general (Manzanilla, Vaca, Toro, Espejo, Becerra, Tapias, Paredes, Rincón, Plata,

Sierra, Peña, Casas, Lobo, Salas, Robles, Olivo, etcétera). Aunque hay referencias al nombre en la vieja legislación española donde se castiga a quien cambia maliciosamente su nombre o toma el nombre de otro, sólo empieza a legislarse ordenadamente sobre el nombre de las personas naturales a fines de siglo pasado, en el Código Civil Alemán de 1899 y luego en el Código Suizo.

c. Naturaleza Jurídica

En cuanto a la naturaleza jurídica del nombre han surgido diversas teorías: Para unos es un derecho inherente a la persona; para otros es una designación obligatoria impuesta para identificar a la persona; hay quienes sostienen que es un derecho de propiedad y otros que lo califican como una propiedad *sui generis*.

c.1. El nombre es un derecho inherente a la persona

Es la tesis más arraigada, y considera al nombre como un atributo de la personalidad. Entre los que la sostienen, hay quienes lo catalogan como derecho subjetivo extrapatrimonial, aunque se argumenta que es una institución de Derecho Privado en la que coexisten elementos de Derecho Público por ser de interés general la identificación de las personas, aunque ello no autorice a concebirlo como una institución de policía civil. Para esta posición, por ser un derecho subjetivo, su titular tiene poder jurídico para protegerlo de toda usurpación; pero en todo caso ese derecho subjetivo tiene carácter extrapatrimonial. Esta tesis vale para el nombre de las personas naturales, pero cuando estamos en presencia del nombre comercial, no se descarta su contenido patrimonial.

c.2. El nombre es una institución de policía civil

El autor argentino Alfredo Orgaz[3], niega que el nombre sea un derecho subjetivo privado, ya que la ley no le deja a la voluntad del interesado el ejercicio de dichas facultades, y aunque la ley lo protege, esta circunstancia es insuficiente para calificarlo como derecho subjetivo. Para él, es una institución de policía civil. Colín y Capitant[4]

3 Citado por Antonio Juan Rivessi en la voz "nombre comercial" de la *Enciclopedia Jurídica Omeba*; Tomo XX. Buenos Aires, Argentina. Editorial Driskill, 1978, p. 307.

4 Ambrosio Colín y H. Capitant: *Curso Elemental de Derecho Civil*, Tomo Primero. Introducción. Estado

tuvieron la misma opinión al considerar que el nombre le es impuesto por la Ley a los particulares para la protección de intereses generales y es más un deber que un derecho. Igualmente señalan que no existe un derecho al apellido de carácter específico: el apellido sólo se justifica por la necesidad de identificar a los individuos.

c.3. El nombre es un derecho de propiedad

Esta posición ha sido superada por tener muchas diferencias con el derecho de propiedad: el derecho de propiedad es exclusivo, el nombre (entendiendo el patronímico o apellido) le pertenece legalmente a varias personas que lo comparten, ya que los padres lo transmiten a sus hijos; el derecho de propiedad recae sobre las cosas y el nombre sobre las personas. Los que sostuvieron esta tesis argumentaban que el derecho de propiedad que constituían el nombre y apellido era *sui generis* aunque participaba de los mismos caracteres de esta: podía hacerse valer *erga omnes*, podía reivindicarse y ganarse por prescripción. Aunque la tesis fue defendida por la jurisprudencia francesa, PLANIOL y RIPERT[5], opinan que si bien la jurisprudencia admite que el nombre patronímico es propiedad de la familia que lo lleva, esta proposición es falsa tanto desde el punto de vista teórico como histórico y se olvida que el carácter esencial de la propiedad es que tenga un objeto, que pueda enajenarse por acto intervivos, que sea avaluable en dinero, etcétera, condiciones que faltan en el nombre.

c.4. El nombre es un derecho inmaterial

En conclusión, como anteriormente dijimos, el nombre es un derecho de la personalidad que se encuentra fuera del comercio, participando de la naturaleza de los derechos inmateriales. Cabe destacar al respecto:

1. Así como el derecho al honor, a la vida, a la integridad, el nombre es un derecho de la personalidad. En este sentido es un poder de nuestra voluntad: tenemos derecho a usar

Civil, domicilio y ausencia. Madrid. Instituto Editorial Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones S.A., 1952, p. 747.

5 MARCELO PLANIOL y JORGE RIPERT: *Tratado Práctico de Derecho civil Francés*. Tomo Primero. Las personas, estado y capacidad. La Habana. Cultural, S.A., 1927, p. 108.

el nombre y apellidos y los demás tienen la obligación de designarnos con tal nombre y apellido.

2. Tenemos una protección legal en el sentido que no puede ser arrebatado o usado indebidamente por otra persona.

3. Por ser un derecho inmaterial se encuentra fuera del comercio, pero si alguien lesiona ese derecho puede ocasionar daños al patrimonio de la persona, que son perfectamente indemnizables en dinero.

d. Caracteres

El nombre facilita la identificación de la personas, es el signo del estado civil y de la personalidad. Así como sucede con el estado civil, el nombre es inalienable, indisponible, imprescriptible y sólo modificable cuando la ley lo permite, ya que interesa al orden público.

d.1. El nombre es *inalienable*: Por consiguiente no puede cederse ni adquirirse por convenios particulares. Así, todo contrato que recayera sobre el nombre de una persona sería nulo, ya que éste se encuentra fuera del comercio por considerarse un atributo de la personalidad. Aunque esto se aplica para el nombre de las personas naturales, el nombre comercial, vale decir, el que designa a una persona en el ejercicio del comercio, puede enajenarse con el fondo de comercio, haciendo la salvedad que el que adquiere debe evitar toda confusión entre el cedente y su persona, añadiendo por ejemplo, la palabra "sucesor" en la denominación.

d.2. El nombre es *indisponible*: sólo puede intervenir la voluntad privada en los casos autorizados por la ley. Así el nombre, en principio, no puede ser creado, modificado, transmitido ni extinguido por la actuación de los particulares. Sin embargo, los padres o quien presente al niño ante el Registro Civil tiene la facultad de dar a ese niño su nombre de pila, que puede ser cualquiera, al contrario de otras legislaciones, que contienen restricciones en este sentido tales como la prohibición de asentar en las actas de nacimiento nombres extravagantes, ridículos o impropios de las personas o cuando se da nombres de mujer a un varón o

viceversa e incluso se extiende la prohibición a los nombres extranjeros o no incluidos en el santoral. Por otra parte no puede transmitirse sino de padres a hijos, y en los casos de comunicación, cuando la mujer casada usa el apellido del marido.

d.3. El nombre es *imprescriptible*: Como participa de los caracteres del estado civil, al igual que éste, el nombre civil ni se adquiere por usucapión ni se pierde por prescripción extintiva; es decir el uso o el desuso del nombre durante cierto tiempo (aunque prolongado) en nada lo afecta.

d.4. El nombre, en principio es *inmutable*, sólo puede modificarse en los supuestos permitidos por la ley: Recordemos el nexo que une al nombre con el estado civil: al igual que éste, en principio, el nombre no se modifica. Sin embargo, como esta regla tiene sus excepciones, hay modificaciones en el estado civil que traen como consecuencia una modificación en el nombre. Tenemos varios ejemplos: en las acciones de reconocimiento o desconocimiento de filiación, se modifica retroactivamente el nombre; cuando se adopta a un menor los padres pueden cambiar incluso su nombre de pila; cuando la mujer se casa (cambiando su estado civil de soltera a casada) puede agregar al suyo el apellido del marido y el divorcio le hará perder ese derecho, etcétera. También hay casos donde se autoriza un cambio en las actas del estado civil, mediante un procedimiento de rectificación. Aquí el nombre cambia sin que ocurra modificación alguna del estado civil. Y para el cambio del nombre de pila, la Ley Orgánica de Registro Civil, establece los supuestos donde puede solicitarse la modificación del nombre de las personas naturales y el procedimiento a seguir en estos casos.

e. Elementos

El nombre de las personas naturales, al menos en nuestro ordenamiento jurídico, se compone de dos elementos: el nombre de pila el apellido.

e.1. El nombre de pila: llamado también “nombre propio” o “nombre individual” es necesario, en el sentido que toda persona debe

tener al menos uno. Como ya anteriormente expusimos, normalmente es escogido por los padres, pero puede darlo quien haga la presentación del niño ante el funcionario del Registro Civil e incluso el mismo funcionario si esta persona no lo hace. Puede ser cualquier nombre por no existir restricciones en este sentido; y puede componerse de una o de varias palabras, sin que haya límite en cuanto a su número; pero para todos los efectos, cuando existen varios nombres de pila, se respeta el orden establecido tomándose sólo los dos primeros para fines de identificación.

e.2. El apellido: llamado también nombre de familia o patronímico. Es el vocativo con el que se designa a todos los miembros de una misma familia. A diferencia del nombre de pila que depende de la voluntad de los particulares, el apellido revela la familia a la que pertenece la persona y viene determinado por la ley. Necesariamente debe utilizarse un apellido, pero pueden usarse otros que pertenezcan al individuo. Normalmente se identifica a las personas con dos apellidos, el paterno y el materno; pero puede usarse sólo el primero de la madre o del padre cuando no ha sido establecida la filiación con respecto al otro progenitor o los dos apellidos de éste (ver *infra*).

f. Determinación del nombre

f.1. ¿Cómo se determina el nombre de pila?

Dar nombre de pila corresponde en principio a los padres, quienes pueden comunicárselo a la persona que presentará al niño ante la autoridad competente. Si este declarante no le da nombre, el Código Civil señala que lo hará la autoridad civil ante quien se haga la declaración (art. 466). Creemos que se aplica este artículo, ya que la Ley Orgánica de Registro Civil no lo dice expresamente, sólo exige que la partida de nacimiento debe contener *"nombres y apellidos del presentado o presentada"*[6]. Cuando se trata de expósitos, la ley ordena que se le imponga al recién nacido sin presentante *"dos nombres y dos apellidos"*, escogidos por el Registrador Civil que levanta la partida, quien cuidará de no lesionar intereses legítimos del niño o niña recién nacido ni de terceros[7].

6 Artículo 93 de la Ley Orgánica de Registro Civil.
7 Artículo 91 de la Ley Orgánica de Registro Civil.

f.2. ¿Cómo se determina el apellido?

Tal como anteriormente se dijo, el apellido se determina, normalmente, por la filiación. Cabe señalar las reglas que trae en la materia el vigente Código Civil:

f.2.1. Los hijos concebidos o nacidos durante el matrimonio toman los apellidos de los padres así:

> **Artículo 235**. El primer apellido del padre y de la madre forman, en ese orden, los apellidos de los hijos.

f.2.2. La misma regla se aplica a los nacidos fuera del matrimonio si la filiación ha sido establecida en relación a ambos progenitores cuando se levanta la partida de nacimiento, según dispone el mismo artículo:

El hijo concebido y nacido fuera del matrimonio cuya filiación haya sido establecida en relación con ambos progenitores, formará los apellidos de estos en el mismo orden que los hijos concebidos o nacidos durante el matrimonio.

Si la filiación de los concebidos y nacidos fuera del matrimonio se ha establecido luego de levantarse el acta de nacimiento, se siguen la siguientes reglas:

> **Artículo 236**. Si la filiación ha sido establecida con posterioridad a la partida de nacimiento, el hijo *podrá usar* los nuevos apellidos. En este caso deberá comunicar el cambio al Servicio Nacional de Identificación mediante la presentación del instrumento o la sentencia judicial en que conste la prueba de su filiación. (Cursivas nuestras).

> **Artículo 237.** Si el establecimiento de la filiación tiene lugar durante la minoridad del hijo, el cambio de apellido a que se contrae el artículo anterior, podrá ser formalizado del mismo modo, por el padre o la madre, con autorización del Juez de Menores del domicilio del hijo, quien lo acordará oído al menor, si este es mayor de doce (12) años.
> El derecho de que trata este artículo cesa para los padres cuando el hijo haya contraído matrimonio, en este caso la opción corresponderá únicamente a él.

f.2.3. Cuando la filiación se ha establecido respecto de un sólo progenitor, el apellido será determinado por el o los apellidos de éste:

> **Artículo 238**. Si la filiación sólo se ha determinado en relación con uno de los progenitores, el hijo tiene derecho a llevar los apellidos de éste. Si el progenitor tuviere un sólo apellido, el hijo tendrá derecho a repetirlo.

f.2.4. Si la filiación, al momento de levantarse la partida, no estuviese establecida respecto de ninguno de los padres, el funcionario escogerá dos apellidos sin lesionar intereses de terceros:

> **Artículo 239**. Los hijos cuya filiación no esté establecida, figurarán en las partidas de nacimiento con dos apellidos que escogerá el funcionario del estado civil, quien, al hacerlo, cuidará de no lesionar intereses legítimos de terceros. Si la filiación es establecida posteriormente respecto de uno o de ambos progenitores, se aplicarán las disposiciones anteriores.

g. El apellido de la mujer casada

Expresamente el legislador consagró, en la reforma del Código Civil de 1982, el derecho de la mujer casada de usar el apellido del marido, en su artículo 137 cuando reglamenta los deberes y derechos de los cónyuges.

> **Artículo 137**. "...La mujer casada *podrá usar* el apellido del marido. Este derecho subsiste aún después de la disolución del matrimonio por causa de muerte, mientras no contraiga nuevas nupcias.
> La negativa de la mujer casada a usar el apellido del marido no se considerará en ningún caso, como falta a los deberes que la ley impone por efecto del matrimonio". (Cursivas nuestras)

Como en los Códigos anteriores se silenciaba este punto, no había en realidad ninguna obligación de la mujer casada de usar el apellido del marido, como tradicionalmente se había creído. Sólo mencionaba el Código derogado, en su artículo 187, que la divorciada no podrá usar en lo sucesivo el apellido de su anterior marido.

h. El cambio de nombre de pila en la legislación venezolana. Ley Orgánica de Registro Civil

A partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Registro Civil de 2009[8], es posible en nuestro país el cambio del nombre de pila de las personas naturales. En efecto, el texto legal dispone que toda persona podrá cambiar su nombre propio, por una sola vez, ante el Registrador o la Registradora Civil cuando éste sea infamante, la someta al escarnio público, atente contra su integridad moral, honor y reputación, o no se corresponda con su género, afectando así el libre desenvolvimiento de su personalidad[9].

La posibilidad de cambio de nombre lo tienen tanto los mayores de edad, como los niños y adolescentes, pero para ellos, la ley dice que el cambio se efectuará mediante solicitud del padre, madre o representante; si es adolescente mayor de catorce años podrá solicitar personalmente el cambio de nombre propio; y una vez alcanzada la mayoría de edad podrá volver a solicitar el cambio de nombre por una sola vez[10]. En los casos de colocación familiar de niños, niñas y adolescentes, no se permitirá el cambio de nombre propio sin autorización judicial previa.

Respecto al procedimiento, el cambio se tramitará no en vía judicial, sino ante el mismo Registrador o Registradora Civil, mediante el procedimiento de rectificación en sede administrativa[11]. Debe tenerse presente que si hay negativa al cambio de nombre de pila o se venció el lapso establecido en el artículo 148, sin que se haya dado respuesta, el interesado o la interesada podrá ejercer dentro de los quince días hábiles siguientes, recurso de reconsideración ante el mismo funcionario o funcionaria que negó la rectificación; dicho recurso deberá decidirse en el plazo de diez días hábiles. La decisión del Registrador o Registradora Civil agota la vía administrativa. Agotada o no esta vía, el interesado o la interesada podrá acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, salvo las excepciones establecidas en la mencionada ley.

---

8 Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela de fecha 15 de septiembre de 2009, número 39.264.
9 Artículo 146 de la Ley Orgánica de Registro Civil.
10 Ibídem.
11 Ibídem. El procedimiento está previsto en los artículos 147 y 148.

II. El Seudónimo

a. Concepto

Etimológicamente la palabra proviene del griego "*pseudo*" que significa falso y "*onyma*", nombre. Se entiende por seudónimo el nombre empleado en lugar del nombre verdadero; generalmente utilizado por literatos, periodistas, actores y personas de frecuente trato con el público. De hecho, antes de inventarse la imprenta, no se acostumbraba utilizar seudónimos, que comenzaron a adoptarse por los artistas a fin de hacer más llamativos o atrayentes sus apellidos, constituyendo así una característica resaltante (y original) de su personalidad.

El seudónimo, llamado también "nombre ficticio", "de fantasía", "nombre artístico", "nombre de batalla", puede definirse como la denominación especial, diferente de su nombre propio, que emplea una persona para identificarse dentro de un ambiente determinado.

Ferrara, en la doctrina italiana, lo define como el nombre convencional, ficticio, libremente asumido por el individuo, para enmascarar su personalidad.

Sin embargo, debemos aclarar que el seudónimo no siempre tiene como fin ocultar la verdadera identidad de las personas. También debemos diferenciar al seudónimo del anónimo. Anónima es una obra escrita sin nombre del autor. El anónimo entonces es un no hacer, una omisión: se suprime el nombre sin reemplazarlo por otro; mientras que el seudónimo es un nombre de fantasía, distinto del patronímico, y que reemplaza al nombre civil en ciertas actividades.

Tampoco puede confundirse al seudónimo con el sobrenombre: el seudónimo es una creación de la persona, el sobrenombre le es impuesto por las demás personas. Por otra parte, normalmente el seudónimo se restringe a cierta actividad de la persona sin abarcar toda su vida pública o privada; mientras que su apodo, alias o sobrenombre, es conocido y usado en toda esfera pública o privada.

b. Clases

Criptónimos: (del griego "*Kriptós*": oculto y "*onyma*": nombre) Es cuando el autor oculta o disfraza su verdadero nombre, con el fin también de ocultar su identidad. Se ha denominado también "nombre máscara" y en su sentido técnico, es el verdadero seudónimo. La persona quiere, a decir de Ferrara, "ocultar su personalidad, permanecer en la sombra, ocultarse; cuales son los motivos de este ánimo de esconderse, es indiferente: puede ser la posición social del autor que no le permite firmar ciertas obras, el temor al fracaso... cualquiera sean, el autor quiere permanecer en la sombra, ignorado, anónimo..."

Nombres de arte o "Nombre de Réclame": Aquí no hay ningún ánimo de ocultarse. El autor escoge un nombre de fantasía para remarcar o individualizar mejor su personalidad. No se pretende encubrir la identidad.

Sólo se sustituye al nombre civil, individualizador de la identidad jurídica, por el nombre artístico que individualiza su identidad en el mundo del arte.

Nombre de guerra: Se entiende por tal el adoptado por una persona para sus actividades militares. Prácticamente abandonado hoy día, subsiste según autores franceses, entre los enganchados en la Legión Extranjera que pueden ingresar a ella bajo nombre supuesto, revelando el verdadero sólo al jefe de la Legión.

Nombre monacal o claustral: Aquellos nombres, distintos del propio, adoptados por una persona cuando ingresa a una orden religiosa.

c. Adquisición y perdida del derecho al seudónimo

El seudónimo se adquiere por un acto unilateral de voluntad, aunque, desde luego, debe manifestarse por hechos exteriores que no den lugar a duda sobre la intención de utilizarlo. Además se requiere que se trate de un nombre que no pertenezca a otro, de una "*res nullius*", porque según la mayoría de los autores, para la adquisición necesita la ocupación.

Algún sector de la doctrina francesa por el contrario, considera que se necesita de una larga posesión para poder adquirirlo; mientras que para otros, como la finalidad del seudónimo es proteger la identidad de una personalidad literaria o artística, sólo puede invocarse cuando ya se ha constituido esa personalidad y se ha ganado con esa designación, fama o reputación. No se establece entre nosotros límites en cuanto al tiempo o al uso para su protección, como tampoco existen en la forma de usarlo o dejar de hacerlo. Así, quien es conocido por un seudónimo, puede a su elección utilizar el nombre propio, otro u otros seudónimos y dejar de usarlo en cualquier momento. La protección la acuerda la ley garantizando principalmente dos cosas: a) Que no se haga uso del seudónimo por parte de otra persona b) Que no se descubra la identidad del que utiliza el seudónimo contra la voluntad de éste.

d. Régimen legal

Donde mayor importancia se da al seudónimo es en el campo de los derechos de autor. En la reforma parcial de la "Ley sobre el Derecho de Autor"[12] hay modificaciones importante con respecto a la ley derogada de 1962; y entre los artículos que mencionan el tema cabe señalar los siguientes:

> **Artículo 7.** Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 104, se presume, salvo prueba en contrario, que es autor de la obra la persona cuyo nombre aparece indicado como tal en la obra de la manera acostumbrada o en su caso, la persona que es anunciada como autor en la comunicación de la misma.
> *A los efectos de la disposición anterior se equipara a la indicación del nombre, el empleo de un seudónimo o de cualquier signo que no deje lugar a dudas sobre la identidad de la persona que se presenta como autor de la obra* (Cursivas nuestras).
>
> **Artículo 8.** Mientras el autor no revele su identidad y compruebe su condición de tal, la persona que haya publicado la obra o, en su defecto, quien la haya hecho divulgar, queda autorizada para hacer valer los derechos conferidos en esta ley, en representación del autor de la obra anónima o seudónima. La revelación se hará en las formas señaladas

12 Publicada en la Gaceta Oficial Nº 4.638, Extraordinario de fecha 10 de octubre de 1993.

> en el Artículo precedente o mediante declaración ante el registro de la Producción Intelectual.
> Las disposiciones de este artículo no serán aplicables cuando el seudónimo adoptado por el autor no deje ninguna duda sobre su identidad civil.
>
> **Artículo 27.** El derecho de autor sobre obras anónimas o seudónimas se extingue a los sesenta años contados a partir del primero de enero del año siguiente al de su primera publicación...
> No se aplica tal limitación en los casos previstos en el aparte único del artículo 7 ni cuando, dentro del plazo indicado, el autor o sus derechohabientes revelen la identidad de aquel conforme al artículo 8 de esta ley...

Y en lo que respecta a la cesión de artículos periodísticos, la ley distingue entre los artículos firmados o presentados con seudónimos y los artículos anónimos, cuya protección legal es distinta:

> **Artículo 87.** Si el artículo cedido debe aparecer con la firma del autor o su seudónimo, el cesionario no puede modificarlo y si el dueño del periódico o revista lo modifica, sin consentimiento del cedente, éste puede pedir la inserción íntegra y fiel del artículo cedido, sin perjuicio de su eventual derecho a daños y perjuicios. Cuando el artículo cedido deba aparecer sin la firma del autor, el dueño del periódico o de la revista puede hacerle modificaciones o cambios de forma, sin el consentimiento del cedente.

Puede apreciarse que el legislador concede protección a la autoría de obras escritas bajo seudónimo (reconociéndolo expresamente como una forma de identidad del autor, como lo señala la exposición de motivos de la ley) y a las obras anónimas. Con respecto a estas últimas, su protección es mayor en esta ley que en la derogada ya que anteriormente la persona que publicaba la obra quedaba autorizada para hacer valer el derecho de autor en nombre propio, en cambio actualmente se sustituyó ese "titularidad temporal" por un mandato legal para que se represente al autor desconocido hasta tanto éste revele su identidad.

III. El sobrenombre

También denominado "apodo" o "alias". Se entiende como tal el nombre que terceras personas aplican a un sujeto, normalmente basándose en ciertas características del mismo, defectos corporales, manera de comportarse y otras circunstancias. Desde antiguo se han utilizado estos sobrenombres (o más técnicamente apodos) y abundan entre los personajes históricos como Juana la Loca, Guillermo el Conquistador, Catalina la Grande, y localmente se han designado con curiosos nombres personajes extravagantes o folklóricos como Muela e'Gallo, María Bonita, etcétera. Aunque no debe confundirse con el seudónimo (que siempre se origina de la voluntad del interesado quien manifiesta su deseo de usarlo y lo hace en forma continua), puede en ciertos casos coincidir cuando a una persona se le aplica un apodo o sobrenombre debido a sus actividades o características particulares y ella lo adopta voluntariamente. Fuera de este supuesto se distinguen claramente porque el sobrenombre siempre es impuesto y constituye un uso sin fuerza jurídica, careciendo de la protección que se concede seudónimo e incluso a la falta de nombre (anonimato) en el ámbito intelectual.

El uso del sobrenombre o "alias" es muy difundido entre los delincuentes, y en las diligencias policiales se toma en cuenta a veces para facilitar la identificación de los sospechosos, pero no tiene ninguna incidencia desde el punto de vista jurídico.

Capítulo 9

El Estado Civil[1]

SUMARIO

I. Antecedentes romanos. II. Concepto. III. Especies de estado civil. IV. Características del estado civil. V. Efectos del estado civil. VI. La posesión de estado: Concepto. VII. Elementos de la posesión de estado de hijo. VIII. Función de la posesión de estado de hijo. IX. Función de la posesión de estado de cónyuge.

I. Antecedentes romanos

El estado civil tiene sus antecedentes en el Derecho romano, existían tres clases de estados: el *status libertatis* (estado de libertad) en donde se era libre o esclavo; el *status civitatis* (estado de ciudadanía) se era peregrino, latino o ciudadano romano; y el *status familiae* (estado de familia) en el cual se era padre de familia o sujeto al padre de familia.

Los estados civiles representaban el conjunto de cualidades o condiciones que permitían determinar la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones: a mayor status mayores derechos[2]. La personalidad venía dada por la integración en un solo individuo del *status civitatis*, *status libertatis* y *status familiae*[3].

1 Rina Mazuera Arias. Profesora de la Universidad Católica del Táchira.
Correo electrónico: rmazuera@ucat.edu.ve

2 José Luis Lacruz Berdejo: *Elementos de Derecho civil I*, Parte general, Dykinson, 2002, p. 24.

3 Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve: *Derecho civil, Parte general y personas*. Bogotá. Temis,

II. Concepto

En términos generales "el estado civil de la persona es la cualidad natural o adquirida de la misma que supone una manera de ser o estar en la comunidad, y que el ordenamiento jurídico toma en consideración para atribuirle efectos jurídicos; capacidad de obrar; derechos y deberes"[4].

En sentido preciso el estado civil se emplea "para calificar una pluralidad de relaciones jurídicas a las que cabe aplicar un tratamiento homogéneo"[5]. Existen diversos conceptos de estado civil: en sentido amplísimo, amplio y restringido.

En sentido amplísimo, el estado civil es el conjunto de cualidades de las personas que considera la ley para asignarles consecuencias jurídicas.

En sentido amplio, el estado civil es el conjunto de cualidades que tiene una persona frente al Estado (estado político), frente a la familia (estado familiar) y frente a sí mismo (estado personal) que producen consecuencias jurídicas.

En sentido restringido, el estado civil es el conjunto de cualidades que tiene una persona frente a su familia que producen consecuencias jurídicas. En Derecho civil se considera que el estado civil se emplea en sentido restringido y se define como el "conjunto de situaciones jurídicas que relacionan a cada persona con la familia de donde proviene, o con la familia que ha formado, y con ciertos hechos fundamentales de la misma personalidad"[6].

III. Especies de estado civil

1. Estado civil político

Es el conjunto de cualidades que tiene una persona frente al Estado, que produce consecuencias jurídicas. En ese sentido, se encuentran dentro

2006, p. 392.

4 Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón: *Instituciones de derecho civil.* Madrid. Tecnos, 1974, p. 63.

5 José Luis Lacruz Berdejo: *Elementos de Derecho civil I...* op. cit., p. 25.

6 Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve: *Derecho civil, Parte general y personas...* op. cit., p. 391.

del estado civil político: la nacionalidad y la ciudadanía. La nacionalidad es el vínculo jurídico que posee una persona que es considerada nacional respecto de su Estado. La ciudadanía es la aptitud que adquiere la persona por su mayoría de edad y que le permite ejercer y cumplir los derechos y deberes políticos.

2. Estado civil familiar

Dentro del estado civil familiar la persona puede tener varios estados: uno frente a la filiación y otro frente al matrimonio.

En la filiación se encuentra el parentesco. Por disposición legal el parentesco se clasifica en parentesco por consanguinidad y por afinidad.

El parentesco por consanguinidad es la relación que existe entre las personas unidas por vínculos de sangre, puede ser en línea recta o en línea colateral. La proximidad del parentesco se determina por el número de generaciones y cada generación forma un grado. En línea recta son parientes los ascendientes y los descendientes, y en línea colateral todos los demás parientes que tienen un autor común sin descender una de otra (artículos 37 y 38 del Código Civil).

Para determinar el número de grados que existe entre los parientes se debe contar cuantas son las personas menos una, en la línea recta "se sube hasta el autor. En la colateral se sube desde una de las personas de que se trata hasta el autor común, y después se baja hasta la otra persona con quien se va a hacer la computación" (artículo 39 del Código Civil).

El parentesco por afinidad es el que existe entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro cónyuge (artículo 40 del Código Civil). Entre los cónyuges no existe parentesco por afinidad, ni de ninguna índole, lo que existe es un vínculo conyugal que surge con el matrimonio.

En relación al matrimonio el estado civil puede ser: soltero, casado, separado de cuerpos, divorciado y viudo. La situación jurídica de la persona cambia dependiendo del estado civil al que se haga referencia, por tanto sus derechos y deberes difieren. El acto jurídico que da lugar a las diferentes modalidades del estado civil en relación al matrimonio

es el matrimonio civil, si el mismo no ocurre la persona continúa con su estado civil de soltero en el caso de que no se hubiere casado. Luego del matrimonio no vuelve a recuperarse el estado civil de soltero, se tendrá el de casado, divorciado, separado de cuerpos o viudo.

Sobre este punto, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece en el artículo 77 que "… Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio". Sin embargo, eso no significa que quienes conforman la pareja estable de hecho tengan el estado civil de casados, éste es único para los cónyuges. Sobre el punto a través de un recurso de interpretación del artículo 77 de la Constitución, la Sala Constitucional de Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 15 de julio de 2005[7], señala:

> "Estas uniones (incluido el concubinato) no son necesariamente similares al matrimonio, y aunque la vida en común (con hogar común) es un indicador de la existencia de ellas, tal como se desprende del artículo 70 del Código Civil, este elemento puede obviarse siempre que la relación permanente se traduzca en otras formas de convivencia, como visitas constantes, socorro mutuo, ayuda económica reiterada, vida social conjunta, hijos, etcétera.
> Siguiendo indicadores que nacen de las propias leyes, el tiempo de duración de la unión, al menos de dos años mínimos, podrá ayudar al juez para la calificación de la permanencia, ya que ese fue el término contemplado por el artículo 33 de la Ley del Seguro Social, al regular el derecho de la concubina a la pensión de sobrevivencia.
> Debido a lo expuesto, pasa la Sala a examinar los efectos del matrimonio aplicables a las uniones estables y al concubinato, y ella considera que los deberes que el artículo 137 del Código Civil impone a los cónyuges y cuya violación se convierte en causales de divorcio (ver en el artículo 185 del Código Civil los ordinales 1º y 2º), no existen en el concubinato ni en las otras uniones.
> Unión estable no significa necesariamente bajo el mismo techo (aunque esto sea un símbolo de ella), sino permanencia en una relación, caracterizada por actos que, objetivamente, hacen presumir

7 Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 15 de julio de dos mil cinco (2005). 04-3301JECR/. http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Julio/1682-150705-04-3301.htm.

a las personas (terceros) que se está ante una pareja, que actúan con apariencia de un matrimonio o, al menos, de una relación seria y compenetrada, lo que constituye la vida en común. Se trata de una relación permanente entre un hombre y una mujer, y no de una entre un hombre y varias mujeres (así todas ellas estén en igual plano) y viceversa.

A juicio de la Sala, así como no existe el deber de vivir juntos, tampoco puede existir el de fidelidad contemplado en el artículo 137 del Código Civil, por lo que la violación de deberes como el de fidelidad o de vida en común (artículo 137 citado) no producen efectos jurídicos, quedando rota la "unión" por el repudio que de ella haga cualquiera de los componentes, (…).

En cuanto el deber de socorrerse mutuamente, contemplado para los cónyuges en el artículo 137 del Código Civil, la Sala considera que éste sí existe en cualquier tipo de unión, ya que si legalmente las uniones (o al menos el concubinato) generan derechos –como los alimentarios- los cuales normalmente corresponden a los cónyuges mientras dure el matrimonio, los componentes de estas uniones de hecho deben tener también esos derechos, (…). Para la Sala, el que la unión estable en general produzca los mismos efectos que el matrimonio, no significa –se repite- que ella se convierta en matrimonio, sino que se le equipara; es decir, en lo que sea posible. Sin embargo, la condición jurídica de la unión estable, en principio, no permite a la mujer el uso del apellido del marido".

El matrimonio produce una serie de efectos jurídicos entre los cónyuges desde el punto de vista personal y patrimonial, de conformidad con la sentencia anterior las uniones de hecho se equiparan (en cuanto sea posible) al matrimonio en mayor medida en los efectos patrimoniales no en los personales[8], por ello el estado civil de casado no existe entre las personas que conforman una unión estable de hecho. En mi opinión, la unión estable de hecho no constituye un estado civil en relación al matrimonio, aún cuando la Ley Orgánica de Registro Civil establezca la obligación de inscribir en el registro civil el reconocimiento, constitución y disolución de las uniones estables de hecho[9].

8 Rina Mazuera Arias: *La separación conyugal en derecho venezolano y español*. Mérida. Sin Límite, 2010, p. 277 y ss.

9 Ley Orgánica de Registro Civil, artículo 3. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, Nº 39.264 de fecha 15 de septiembre de 2009.

3. Estado civil personal

Se puede mencionar a la edad, el sexo, la salud mental, la profesión como las cualidades que posee una persona en sí misma, y forman parte de su estado civil personal. La edad marca la condición de niño, adolescente, mayor de edad, adulto mayor, igual que la capacidad de obrar de la persona (salvo aquellas excepciones que establece el legislador para los adolescentes).

En relación al sexo, no existe hoy en día en el ordenamiento jurídico venezolano ninguna distinción legal por ser hombre o mujer. Sin embargo, como señala Domínguez Guillén, la ley concede efectos jurídicos al pertenecer a un sexo, por ejemplo en el caso del matrimonio, y que en Venezuela es sólo válido entre un hombre y una mujer[10].

IV. Características del estado civil

El estado civil posee una serie de características que permiten comprender las particularidades de la institución, como son:

- Toda persona tiene un estado civil, en relación al matrimonio es soltero, casado, viudo, divorciado, separado de cuerpos. En relación a la familia es hijo.

- El estado civil es uno e indivisible. Una persona no puede tener más de un estado civil en el mismo sentido, no puede tener dos estados civiles contradictorios, ejemplo ser soltero y casado al mismo tiempo. Es indivisible, ya que una persona no puede tener, al mismo tiempo unas cualidades frente a un grupo de personas y tener cualidades opuestas en relación a otros[11].

- El estado civil le interesa el orden público, por tanto es indisponible, la voluntad de los particulares no interviene en la creación, modificación, extinción del estado civil. "El estado civil es una noción que importa a la sociedad en tanto que fija el puesto

---

10 María Candelaria Domínguez Guillén: *El estado civil*, Separata de estudios de derecho civil. Colección libros homenaje- Nº 5. Caracas. Tribunal Supremo de Justicia, 2002, p. 380.

11 Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve: *Derecho civil, Parte general y personas...* op. cit., p. 392.

de la persona en ella, no es algo que le atañe exclusivamente como cualquier cosa de su propiedad"[12].

Sin embargo, la voluntad de los particulares interviene en ciertos casos: la constitución de algunos estados civiles presupone la voluntad de las personas a las que se refiere el estado civil, por ejemplo, en el matrimonio las personas manifiestan su voluntad para contraer matrimonio, pero luego su voluntad no interviene para regular los efectos que se derivan del estado civil de casado; la voluntad interviene en la modificación del estado, cada vez que se constituye un nuevo estado se modifica el anterior; en la extinción de algunos estados civiles, puede haber cierta intervención de la voluntad, por ejemplo al ejercer la acción de nulidad del matrimonio[13].

- El estado civil es irrenunciable, porque las personas no pueden manifestar su voluntad para dejar de tener determinado estado civil.

- Es imprescriptible, el estado civil no se adquiere ni se pierde por el transcurso del tiempo.

- El estado civil es absoluto, porque las personas pueden hacer valer su estado civil frente a todas las demás personas, tiene valor *erga omnes*.

- El estado civil es permanente e inherente a la persona. Las cualidades de la persona se mantienen mientras no se adquiera otro estado civil y al mismo tiempo es inseparable de la persona natural. Las personas jurídicas no tienen estado civil.

V. Efectos del Estado Civil

El estado civil produce tres grandes efectos:

1. El estado civil puede crear determinadas incapacidades de goce. La capacidad de goce la tiene toda persona por el

12 Luis Díez-Picazo, citado por María Candelaria Domínguez Guillén: *El estado civil...* op. cit., p. 388.
13 José Luis Aguilar Gorrondona: *Derecho civil personas*. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p. 77 y ss.

sólo hecho de ser persona, y no existe ninguna persona que carezca absolutamente de la misma; sin embargo, existen las incapacidades de goce que son relativas. En ese sentido, la filiación y el matrimonio afectan la capacidad de goce de los padres que no pueden comprar los bienes de sus hijos y la capacidad de goce entre los cónyuges ya que no pueden comprar ni vender bienes entre sí (artículos 1.481 y 1.482 del Código Civil).

2. El estado civil puede afectar la capacidad de ejercicio. En ese sentido, el matrimonio de un adolescente influye en su capacidad de obrar debido a la emancipación. Igualmente la interdicción y la inhabilitación de una persona afecta su capacidad de obrar, privándola o limitándola según el caso.

3. El estado civil implica un conjunto de deberes y derechos. El matrimonio produce un conjunto de derechos y deberes recíprocos entre los cónyuges como el deber de fidelidad, socorro mutuo, ayuda, vivir juntos. La filiación genera un conjunto de derechos y deberes entre los padres e hijos; lo propio ocurre con el parentesco.

VI. Posesión de Estado. Concepto

La posesión de estado es la apariencia que tiene una persona de que goza los derechos y cumple los deberes de un determinado estado civil. "Las personas suelen comportarse en función de una realidad que se traduce en hechos, aunque la misma no conste a través del correspondiente acto jurídico; es así como el Derecho le otorga valor a la conducta que se exterioriza en manifestación de un particular estado civil"[14]. La posesión de estado es una situación de hecho, la apariencia de tener un estado civil determinado y la forma de hacerla valer para que cumpla su función dependerá del contenido del estado civil que se quiera demostrar[15]. En ese sentido, la posesión de estado es la exteriorización por el ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes, de la filiación o el estado civil que ocurre en una persona.

14 María Candelaria Domínguez Guillén: *Manual de derecho de familia*. Caracas. Tribunal Supremo de Justicia, Colección Estudios Jurídicos, Nº 20, 2008, p. 405.

15 María Candelaria Domínguez Guillén: *Manual de derecho de familia*. op. cit., p. 428 y ss.

La posesión de estado puede ser de hijo o de cónyuge. La posesión de estado de hijo es la apariencia que tiene una persona respecto de otra, de que es su hijo, ejerce sus derechos y cumple sus obligaciones. La posesión de estado de cónyuge es la apariencia que tiene una persona frente a otra, de que es su cónyuge, de que su estado civil es el de casado.

VII. Elementos de la posesión de estado de hijo

El artículo 214 del Código Civil establece que:

> "La posesión de estado de hijo se establece por la existencia suficiente de hechos que indiquen normalmente las relaciones de filiación y parentesco de un individuo con las personas que se señalan como sus progenitores y la familia a la que dice pertenecer.
> Los principales entre estos hechos son:
> - Que la persona haya usado el apellido de quien pretende tener por padre o madre.
> - Que éstos le hayan dispensado el trato de hijo, y él, a su vez, los haya tratado como padre y madre.
> - Que haya sido reconocido como hijo de tales personas por la familia o la sociedad".

La anterior enunciación de los elementos de la posesión de estado de hijo: nombre, trato y fama; es enunciativa y no taxativa. El legislador indica sólo "los principales hechos" y por tanto pueden existir otros acontecimientos o sucesos que revelen las relaciones entre padres e hijos. Igualmente no es necesario que concurran los tres elementos para que exista la posesión de estado[16].

Estos elementos nombre, trato y fama a los que hace referencia el legislador en el caso de la posesión de estado de hijo aplican en el caso de la posesión de estado de cónyuge.

VIII. Función de la posesión de estado de hijo

1. En los conflictos de filiación los jueces deciden en atención a la posesión de estado (artículo 233 del Código Civil). El

---

16 José Luis Aguilar Gorrondona: *Derecho civil personas*... op. cit., p. 87.

estado civil de las personas se prueba con la correspondiente partida o acta de estado civil. Por ello la posesión de estado tiene carácter supletorio o subsidiario, ya que la prueba por excelencia es el acta de registro de estado civil, a falta de la partida, el legislador establece la posibilidad de recurrir a la posesión de estado como medio de prueba del estado civil[17].

2. La posesión de estado constituye una de las pruebas tanto de la maternidad como de la paternidad. De conformidad con el artículo 198 del Código Civil, a falta de la partida de nacimiento, la maternidad se prueba con la declaración que hiciere la madre o después de su muerte los ascendientes y la posesión de estado. Cuando un niño nace de una relación no matrimonial y no ha sido reconocido, la filiación puede establecerse por cualquier género de prueba. La posesión de estado de hijo tiene un valor probatorio importante, la paternidad queda establecida cuando se prueba la posesión de estado (artículo 210 del Código Civil).

3. En el caso que se reconozca a un hijo muerto, quién reconoce no se favorece como heredero del hijo, a menos que pruebe que en vida, el hijo que ha reconocido gozaba de la posesión de estado de hijo (artículo 219 del Código Civil).

4. En el reconocimiento de un hijo mayor de edad, casado y que haya muerto, el cónyuge viudo y sus descendientes si los hubiere deben dar su consentimiento para que proceda el reconocimiento, salvo que en vida el hijo haya gozado de la posesión de estado (artículo 220 del Código Civil). En este caso la posesión de estado suple la necesidad del consentimiento.

IX. Función de la posesión de estado de cónyuge

El legislador no establece los elementos de la posesión de estado de cónyuge; sin embargo, por analogía los elementos son nombre, trato y fama, los mismos de la posesión de estado de hijo. El nombre, es un

17 María Candelaria Domínguez Guillén: *Manual de derecho de familia*... op. cit., p. 408 y ss.

elemento que sólo existirá si la mujer casada decide usar el apellido del esposo, pues desde la reforma del Código Civil en 1982 la mujer no está obligada debido a la igualdad que existe entre el hombre y la mujer respecto al matrimonio, todos los derechos y deberes son recíprocos.

En la celebración del matrimonio deben cumplirse una serie de requisitos de forma y de fondo, en el caso de que no se cumplan algunos de ellos, el legislador consagra la nulidad del matrimonio. En el supuesto del incumplimiento de algunos requisitos de forma, no puede invocarse la nulidad del matrimonio cuando existe la posesión de estado de cónyuge (artículo 114 del Código Civil); lo que significa que si existe la apariencia entre dos personas de ser marido y mujer, son reconocidos como tal por su grupo social y familiar (fama); y/o entre ellos existe la relación entre cónyuges (trato), no puede pedirse la nulidad por vicios de forma.

El estado civil de casado se prueba con el acta de matrimonio, pero cuando por una inadecuada actuación del funcionario (sea con intención o sin ella) no se ha inscrito el matrimonio en los libros del registro respectivo, los cónyuges pueden solicitar que se declare la existencia del matrimonio, siempre que: se presente prueba auténtica de la publicación de los carteles (cuando procede) y exista plena prueba de la posesión de estado de cónyuge (artículo 115 del Código Civil). El procedimiento a seguir es el de la reconstrucción de actas de conformidad con el artículo 154 de la Ley Orgánica de Registro Civil que derogó el artículo 458 del Código Civil.

Capítulo 10

Registro Civil[1]

SUMARIO

I. Antecedentes e Instauración en Venezuela. II. Importancia. III. Condiciones de un Registro Civil y el sistema venezolano. IV. Organización del Registro Civil. V. Requisitos generales y específicos de las actas del registro civil. VI. Personas que intervienen en la formación de las actas. VII. Valor probatorio de las actas del registro civil. VIII. La Rectificación de las actas: Procedencia. Competencia. Procedimiento y forma de efectuar la rectificación. IX. Nulidad de las actas del registro civil. X. Pruebas supletorias del estado civil.

I. Antecedentes e instauración en Venezuela

A los fines de tener una visión general de los antecedentes del Registro Civil, necesariamente debe hacerse referencia, como fuente bibliográfica, a una sentencia del Tribunal Supremo de Justicia[2] en la cual se plantea ampliamente este aspecto, señalándose como punto de partida la Constitución de 1811 en donde se establece un registro electoral llamado "Registro Civil", pero que era llevado con fines electorales por las municipalidades, por lo que para ese momento el único registro de hechos o actos civiles era llevado por la Iglesia Católica a través de los curas párrocos, quienes llevaban por duplicado tres libros: uno para nacimientos, otro para matrimonios y un tercero para las muertes, los cuales, a través de la autoridad civil del lugar, enviaban a la Oficina

1 Nelson Wladimir Grimaldo H. Profesor de la Universidad Católica del Táchira de Derecho civil Personas. Correo electrónico: nelsongrimaldo@hotmail.com.

2 Tribunal Supremo de Justicia, Nº. 2651, 2/10/2003 (Ricardo Delgado), http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/2651-021003-01-0241.htm [Consulta: 2011, Febrero 15].

Subalterna de Registro del Cantón, uno de los duplicados de esos libros, siendo esta la única intervención que tenían las autoridades civiles en dicho registro.

Tal Registro Civil que llevaba la Iglesia Católica era la única forma de demostrar algún hecho relacionado con el estado de las personas, de allí la importancia histórica que tiene el mismo; sin embargo, se le objetaba que necesariamente las personas debían cumplir con los requisitos que le imponía la religión católica, aún cuando no comulgara con ella, para poder realizar cualquier acto relacionado con el Registro Civil; de allí que no fue sino hasta la Constitución de 1864, que contempla el derecho a la libertad religiosa, que es posible secularizar el Registro Civil, pasándose en el año de 1873 a las autoridades civiles con la reforma del Código Civil, equiparándose así la legislación venezolana a las legislaciones de otras latitudes como la francesa, en la cual, en virtud de la Revolución Francesa, el Registro Civil era llevado por el Estado.

Desde 1873 hasta la actualidad se han producido pocas variaciones en el Código Civil respecto al Registro Civil, confiriéndosele la competencia para llevar el mismo a la primera autoridad civil de la localidad. En las Constituciones anteriores a la del 1999 solo se hacía mención al Registro Civil para reservarle dicha materia a la reserva legal nacional y solo es con la del 1999 en la cual se establece el derecho de toda persona a ser inscrita en el Registro Civil (artículo 56) y la competencia del Poder Electoral para el Registro Civil y Electoral (artículos 292 y 293). Sin embargo, se presentó la duda si debían existir dos registros: uno civil y otro electoral, estimando el Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia comentada que el Registro Civil era uno solo, el cual seguiría llevándose en la forma establecida en el Código Civil, que para ese momento era el texto legal que regulaba esta materia, pero bajo la dirección del Poder Electoral.

Para ese momento (1999) las normas del Código Civil señalaban que los libros del Registro Civil serían llevados por la primera autoridad civil de la Parroquia o Municipio, los cuales, se entendía que eran los Prefectos que dependían del Gobernador del Estado; sin embargo con la nueva Constitución la primera autoridad civil de los municipios eran los alcaldes, razón por la cual eran éstos los que estaban facultados para llevar los citados libros pero bajo la dirección y supervisión del Poder Electoral

y es por ello que a partir de esa sentencia el Registro Civil es traspasado a cada una de las alcaldías.

Finalmente en el año 2009 se dicta la Ley Orgánica de Registro Civil con la cual se disipan todas las dudas existentes hasta ese momento en cuanto a los órganos competentes para llevar el Registro Civil.

II. Importancia

El Registro Civil es la inscripción obligatoria, continua y permanente de los hechos y actos más relevantes de la vida de las personas físicas, tales como los nacimientos, los reconocimientos de filiación y adopciones, los matrimonios y uniones estables de hecho, la interdicción o inhabilitación y la muerte, de cuyos hechos y actos se generan importantes consecuencias como el parentesco, la capacidad negocial, la edad, el estado civil, la apertura de las sucesiones, etcétera.

De allí que el Registro Civil por ser público, en el sentido de que cualquier persona puede acceder a la información en él contenida, salvo algunas limitaciones, tal como lo señala la Ley Orgánica de Registro Civil[3] (artículo 59), presta una gran utilidad a la seguridad jurídica que debe existir en toda sociedad, ya que proporciona certeza en diversas operaciones jurídicas, tal como lo ha señalado el Tribunal Supremo de Justicia al indicar:

> El Registro Civil surgió para ser útil en la vida social, necesario en diversos casos. Para ello, por supuesto, debe ser completo, y disponer de información correcta. Poco se ganaría con un registro que sirva sólo para ciertos casos y se muestre inútil o insuficiente para otros. En un Estado –agrupación jurídica de personas unidas por un vínculo, que se someten a un poder- el registro civil es necesario para proporcionar la certeza que muchas operaciones jurídicas requieren[4].

Asimismo en el ámbito público, el Registro Civil brinda un importante servicio dado que permite a los diversos órganos del Estado diseñar las políticas adecuadas en diferentes ámbitos (electoral, militar, sanitario).

---

3 Ley Orgánica de Registro Civil (2009). Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 39.264, septiembre 15, 2009.

4 Tribunal Supremo de Justicia, Nº 2.651, 2/10/2003 (Ricardo Delgado), http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/2651-021003-01-0241.htm [Consulta: 2011, Febrero 15].

De allí que el Registro Público tiene como finalidad la de ser fuente de información de las personas físicas, pero también el de proporcionar medios de pruebas de los hechos y actos registrados, sin los cuales existiría una gran dificultad para la demostración de los mismos; por ello la Ley Orgánica de Registro Civil (artículo 6) prevé la posibilidad que tienen las personas de obtener las certificaciones y copias de las actas inscritas en el mismo, las cuales hacen fe pública de tales actos (artículo 11).

III. Condiciones de un Registro Civil y el sistema venezolano

La doctrina[5] ha señalado que entre las condiciones que debe reunir todo Registro Civil son las siguientes:

En primer lugar el Registro Civil debe ser ***completo***, por lo que debe comprender todo lo relacionado al estado civil de las personas, abarcando no sólo lo referente a los nacimientos, matrimonios y defunciones, como tradicionalmente se venía haciendo, sino también aquellos actos y hechos determinantes que modifican el estado civil de las personas, tales como reconocimientos de la filiación, adopciones, las incapacidades, los cambios de nacionalidad, la organización de tutelas y curatelas, etcétera; de allí que es muy acertado que la Ley Orgánica de Registro Civil haya incorporado (artículo 3) para ser inscrito en el registro los siguientes actos y hechos jurídicos:

a. El nacimiento.

b. La constitución y disolución del vínculo matrimonial.

c. El reconocimiento, constitución y disolución de las uniones estables de hecho.

d. La separación de cuerpos.

e. La filiación.

f. La adopción.

5 Francisco Hung Vaillant: *Derecho civil I*. 2da. edición. Caracas. Vadell Hermanos Editores, 2006, p. 130.

g. La interdicción e inhabilitación.

h. La designación de tutores o tutoras, curadores o curadoras y consejos de tutela.

i. Los actos relativos a la adquisición, opción, renuncia, pérdida y recuperación de la nacionalidad venezolana y nulidad de la naturalización.

j. El estado civil de las personas de los pueblos y comunidades indígenas, nombres y apellidos, lugar de nacimiento, lugar donde reside, según sus costumbres y tradiciones ancestrales.

k. La defunción, presunción y la declaración de ausencia, y la presunción de muerte.

l. La residencia.

m. Las rectificaciones e inserciones de actas del estado civil.

n. La condición de migrante temporal y permanente, pérdida y revocación de la misma.

Asimismo el Registro Civil debe ser ***centralizado***, pues toda la información referente al estado civil de una persona debe estar registrada en una misma oficina, inclusive, en un mismo expediente o folio. Para lograr este objetivo la Ley Orgánica de Registro Civil acogió un sistema de archivo mixto, pues, por un lado, tiene un archivo digital y automatizado que almacena todas las inscripciones que se realizan en el Registro Civil (artículos 46 y 47), lo que garantiza que se pueda acceder sin dificultad a la información de una persona determinada desde cualquier lugar; pero por otro lado tiene un archivo físico (artículo 48), que garantiza la conservación de la información inscrita, ante la falla del archivo digital y automatizado.

Por otro lado la citada ley consagra el "Expediente Civil Único" (artículo 54) el cual contendrá el registro de los hechos y actos civiles de una persona recabado en forma sistemática, con lo cual se garantiza que

la información de una persona estará compilada en un solo sitio y se pueda acceder en forma fácil y segura a la misma.

Igualmente se ha señalado que el Registro Civil debe ser ***público***, de tal manera que permita el acceso de todas las personas a la información en él contenida, pudiendo obtenerse copias de las actas que les interesen; aspecto este ya comentado anteriormente, el cual ha sido garantizado por la citada Ley Orgánica de Registro Civil, salvo algunas limitaciones establecidas a los fines de garantizar otros derechos fundamentales como son derecho a la vida privada, intimidad y confidencialidad (artículo 60 de la Constitución), de allí que los artículos 59 y 60 de ese texto legal restringe la información sobre la residencia y la filiación de los niños, niñas y adolescentes.

IV. ORGANIZACIÓN DEL REGISTRO CIVIL

Como se indicó en los antecedentes del Registro Civil, la Constitución de 1999 le atribuyó la competencia al Poder Electoral para mantener, organizar, dirigir y supervisar el Registro Civil y Electoral (artículo 293.7), de tal manera que es el Consejo Nacional Electoral, a través de la Comisión de Registro Civil y Electoral, el órgano rector del Sistema Nacional de Registro Civil, consagrado en el Título II de la Ley Orgánica de Registro Civil.

Dicho sistema va a estar conformado por los siguientes órganos del Poder Público (artículo 18 Ley Orgánica de Registro Civil):

a. El Consejo Nacional Electoral.

b. El Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de Relaciones Interiores y Justicia.

c. El Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de Relaciones Exteriores.

d. El Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de Salud.

e. El Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de Pueblos y Comunidades Indígenas.

El órgano ejecutor de las políticas y directrices que dicte el Consejo Nacional Electoral va a ser la Comisión Nacional Electoral, prevista por la Constitución (artículo 292) y, por otra parte, la Oficina Nacional de Registro Civil va ser el órgano a que a su vez va a ejecutar los planes, políticas y directrices emanadas de la Comisión Nacional Electoral. Además el sistema va a contar con un órgano supervisor y fiscalizador denominado Oficina Nacional de Supervisión de Registro Civil e Identificación.

Por otro lado, los órganos que realizarán la actividad del Registro Civil dentro del sistema serán:

a. Los registradores civiles.

b. El Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de Relaciones Exteriores, a través de las representaciones consulares y diplomáticas de la República Bolivariana de Venezuela.

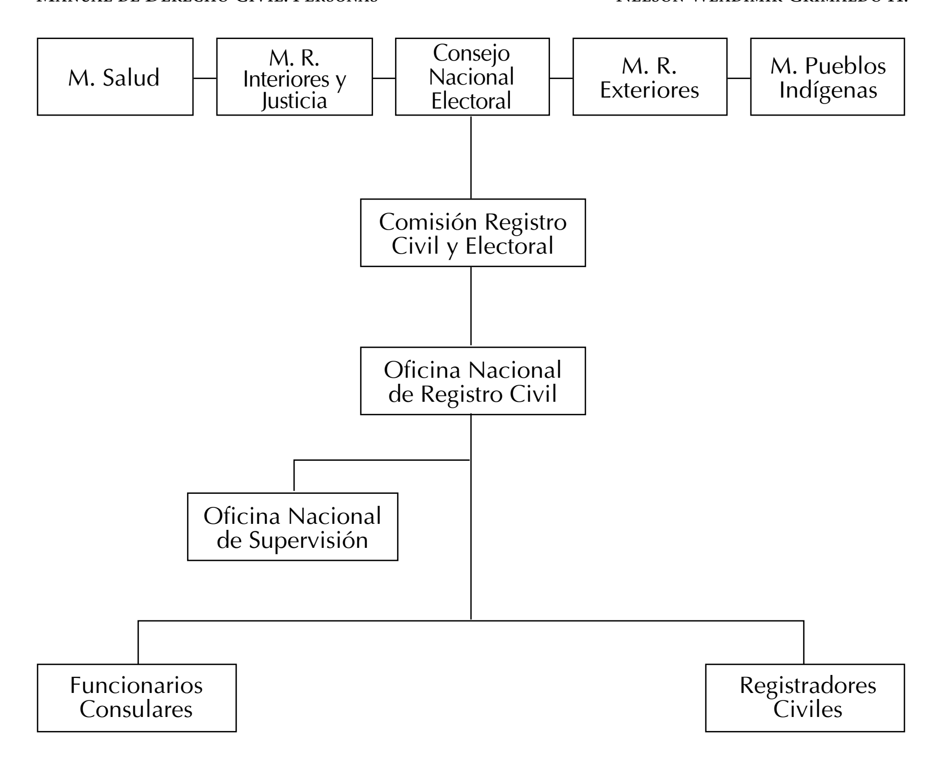
Además el sistema cuenta con otros órganos que prestan su colaboración como lo son:

a. El Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de Relaciones Interiores y Justicia, a través del órgano responsable del Sistema Nacional de Identificación y del Sistema Nacional de Registros y Notarías.

b. El Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de Salud, a través del personal autorizado para la emisión de los certificados de nacimiento y defunción.

c. El Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de Pueblos y Comunidades Indígenas.

En un esquema puede resumirse el Sistema Nacional de Registro Civil así:



V. Requisitos generales y específicos de las Actas del Registro Civil

Ya anteriormente se señaló que el nuevo Registro Civil venezolano acogió un sistema de archivo mixto. Por un lado, tiene un archivo digital y automatizado que almacena todas las inscripciones que se realizan en el Registro Civil (artículos 46 y 47) y por otro lado tiene un archivo físico (artículo 48) que garantiza la prueba de la existencia de los registros incorporados, ante la falla del archivo digital y automatizado, a diferencia del anterior sistema registral en los cuales los hechos y actos jurídicos correspondientes se asentaban en actas escritas en libros.

El Reglamento N° 1 de la ley[6] establece que las Oficinas y Unidades de Registro Civil llevarán por duplicado unos libros que contendrán los actos y hechos registrables (artículo 15) y además formarán un expediente

6 Reglamento Nº. 1 de la Ley Orgánica de Registro Civil (2013). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 40.093, enero 18, 2013.

de cada acto que registren, que contendrá todos los requisitos que fueron exigidos para inscribir el acto.

La características de los libros antes mencionados serán especificadas por el Consejo Nacional Electoral, a los fines de asegurar la perdurabilidad, inalterabilidad y confiabilidad de los datos que en ellos se asienten, los cuales serán dotados el último trimestre de cada año a los registradores civiles, para que sean usados entre el primero de enero y el treinta y uno de diciembre del año siguiente, y una vez agotados los folios del mismo o finalizado el período para el cual fueron suministrados deberán cerrarse y remitirse los duplicados a las Oficinas Regionales Electorales.

Asimismo las actas que se levanten manualmente deberán numerarse sucesivamente en los libros respectivos, con letra clara, sin dejar espacios, salvándose específicamente al final con la misma letra y antes de las firmas, toda palabra borrada, tachada, interlineada o enmendada. Los nombres de los días, meses y años se deben escribir en guarismos y letras minúsculas. De no ser posible el uso de letras en los formatos de los libros entregados por el Consejo Nacional Electoral, se utilizarán guarismos (artículo 21 del reglamento).

En consecuencia, actualmente los hechos y actos jurídicos correspondientes se incorporarán directamente en el sistema digital y automatizado llevado por el Registro Civil y solo en casos en que la oficina de registro no cuente con el sistema digital y automatizado levantarán las actas de forma manual, las cuales deberán ser incorporadas inmediatamente después de superada la contingencia que impidió inscribirlas directamente en el sistema digital y automatizado (artículo 82).

En los supuestos que el acto sea presenciado por funcionarios excepcionales, diferentes a los del Registro Civil, éstos deberán remitir inmediatamente el acta a la oficina regional electoral más cercana para que ésta a su vez la remita a la oficina o unidad de Registro Civil que corresponda (artículo 78).

Conforme a la Ley Orgánica de Registro Civil todo registro incorporado al Registro Civil debe hacerse en el idioma castellano

(artículo 80), lo cual no es más que una consecuencia de lo establecido en el artículo 9 de la Constitución, que señala ese idioma como oficial, salvo que se trate de comunidades indígenas que tengan su propio idioma, en cuyo caso el registro será realizado igualmente en ese idioma.

Además el citado texto legal señala que todas las actas o registros que se incorporen en el Registro Civil, deberán contener las siguientes ***características generales***:

> **Artículo 81**. Todas las actas deberán contener las características siguientes:
> 1) Número de acta.
> 2) Identificación del funcionario o funcionaria que las autorizó: nombres, apellidos, Número Único de Identidad, el carácter con que actúa e instrumento administrativo que lo faculta, indicando el número de la resolución, medio de publicación y fecha.
> 3) Día, mes y año en que se levantó el acta o se inscriba el hecho o acto que se registra.
> 4) Hora, día, mes y año en que acaeció o se celebró el hecho o acto que se registra.
> 5) Lugar donde acaeció el hecho, así como las circunstancias correspondientes a la clase de cada acto.
> 6) Nombres, apellidos, Número Único de Identidad, nacionalidad, edad, profesión y residencia de las personas que figuren en el acta, cualquiera sea su carácter.
> 7) Determinación y enunciación de los recaudos presentados.
> 8) Características específicas y circunstancias especiales de cada acto.
> 9) Impresiones dactilares.
> 10) Firmas de quienes intervengan en los actos y hechos susceptibles de registro. Si no saben o no pueden escribir lo harán dos firmantes a ruego, dejando constancia de esta situación.
> 11) Identificación del indígena, pueblo al cual pertenece y de las personas que figuren en el acta.

Como se observa, dicha disposición legal señala el contenido mínimo que debe contener todo registro o acta que se incorpore en el Registro Civil, como lo es un número de asiento o acta; la identificación del funcionario que realiza el registro; la identificación de las personas

relacionadas con el hecho o acto que se registra, así como la firma y huellas dactilares de las mismas; el lugar y momento en que se realiza el registro; el lugar y momento en que sucedió el hecho o acto que se registra; y los recaudos que son presentados al momento de realizar el registro.

Por otra parte, en el Registro Civil se inscribirán diversos hechos o actos jurídicos (artículo 3) y dependiendo de cuál se trate, el acta deberá tener unas ***características específicas*** que se señalarán a continuación:

a. De las actas de nacimiento

Conforme a la Ley Orgánica de Registro Civil, los registros o actas de nacimiento deberán contener, además de las características generales antes señaladas, las siguientes:

> **Artículo 93**. Todas las actas de nacimiento, además de las características generales de las actas, deberán expresar:
> 1) Día, mes, año, hora e identificación del establecimiento de salud público o privado, casa o lugar en que acaeció el nacimiento;
> 2) Identificación del certificado de nacimiento, número, fecha, autoridad que lo expide;
> 3) Numero Único de Identidad.
> 4) Nombres del presentado o presentada;
> 5) Sexo;
> 6) Circunstancias especiales del nacimiento, en el caso de que existan;
> 7) El vocablo "hijo de", "hija de";
> 8) Identificación completa de los progenitores;
> 9) Identificación completa de las personas que comparezcan al acto, ya sean declarantes o testigos;
> 10) Firmas del registrador civil, secretario, declarantes y testigos.
> Toda acta de nacimiento expresará los datos de identidad de los progenitores biológicos, omitiendo el estado civil de los mismos.
> El Consejo Nacional Electoral establecerá mediante resolución los requisitos exigidos para la identificación de los declarantes que no posean documentos de identidad.

De tal norma se observa que tales actas deben tener el siguiente contenido: el lugar y el momento en el que se produjo el nacimiento y

si el mismo ha sucedido en un centro hospitalario, entonces se exige los datos del correspondiente certificado de nacimiento, el cual están obligados expedir conforme lo establecido en el artículo 92, y de ocurrir el nacimiento en un centro hospitalario ubicado en el extranjero, deberá verificarse previamente la autenticidad del dicho certificado de acuerdo a lo establecido en el artículo 89; igualmente debe hacerse mención a la identificación de la persona a la cual hace referencia esta acta, es decir, del presentado, para lo cual debe señalarse el Número Único de Identidad que se le asigna, que es un código individual que debe tener cada persona, conforme lo establecido en el artículo 57, los nombres y apellidos y el sexo; asimismo la identidad de los padres del presentado (nombres, Número Único de Identidad, nacionalidad, edad, profesión y residencia), de los declarantes y de los testigos.

Respecto a los requisitos exigido para registrar este acto, el reglamento[7] exige que deben presentarse los siguientes documentos:

1. Certificado médico de nacimiento original.

2. Original y copia fotostática del documento de identificación del o de los declarantes.

3. Original y copia fotostática del documento de identificación de dos testigos mayores de edad.

En caso de que el nacimiento haya ocurrido de manera extra hospitalaria, es decir, fuera de un centro de salud, el reglamento exige que se presente declaración jurada de la persona que atendió o asistió el parto y una constancia emitida por el consejo comunal debidamente registrado del lugar donde ocurrió el mismo, dando fe de la ocurrencia del nacimiento en la comunidad, de acuerdo al formato que autorice el Consejo Nacional Electoral.

Solo podrá omitirse el requisito de la constancia emitida por el consejo comunal, en los casos en que el nacimiento haya ocurrido en un lugar donde no se encuentre constituido un consejo comunal e igualmente

7 Reglamento Nº. 1 de la Ley Orgánica de Registro Civil (2013). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 40.093, enero 18, 2013.

si por cualquier circunstancia no fuere posible obtener la declaración de la persona que atendió o asistió el parto, se requerirá la declaración jurada de cuatro testigos, mayores de edad, de nacionalidad venezolana, habitantes de la comunidad, que den fe, ante el registrador civil que levante el acta, de la ocurrencia del nacimiento.

Por otra parte es necesario hacer mención a las disposiciones introducidas por el reglamento[8] para el establecimiento de la filiación de los niños nacidos de una madre que no esté unida en matrimonio o en una unión estable de hecho, las cuales establecen una presunción de que la persona que ha sido indicada por la madre como padre del niño, es su progenitor, para lo cual el registrador deberá notificar al presunto padre, a los fines de que éste reconozca dicha filiación y en caso de negarse hacerlo, se ordenará la práctica de una experticia de ácido desoxirribonucleico (ADN) u otra afín, cuyo resultado dilucidará finalmente la filiación del niño con él.

Igualmente el reglamento contempla la posibilidad de que la paternidad del niño se la atribuya una persona diferente a la que está unida en matrimonio o en unión estable de hecho con la madre, en cuyo caso el registrador hará la inscripción con los datos indicados por el presentante que se atribuyen dicha paternidad, quedando a salvo la posibilidad de que las personas que tengan un interés legítimo puedan intentar las acciones de filiación correspondiente ante los tribunales competentes (artículo 34).

En los casos de niños abandonados, el acta contendrá los mismos datos antes indicados, solo que se deberá señalar las circunstancias de la presentación, la edad aparente del presentado y los nombres de éste serán escogidos por el Registrador Civil, tal como lo señala el artículo 91 de ley, solo que no contendrá la identificación de los progenitores por razones obvias.

El reglamento igualmente contempla que en los casos de partos múltiples se dejará constancia en cada acta de esta circunstancia especial y del orden en que ocurrieron los nacimientos (artículo 42).

8 Reglamento Nº. 1 de la Ley Orgánica de Registro Civil (2013). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 40.093, enero 18, 2013.

Igualmente hay que distinguir si el acta que se va inscribir es de una persona que para ese momento es mayor de edad, pues en tal caso el registrador que reciba la solicitud deberá formar un expediente que deberá contener: la solicitud en la cual se explique las razones y circunstancias que justifiquen la falta de la declaración oportuna, documento emanado de institución de salud que acredite el nacimiento, la copia de la cédula de identidad del padre, la madre o de ambos en caso de poseerla, acta de defunción en caso de fallecimiento de alguno de los padres, si la tuviere, todo lo cual deberá remitirse a la Oficina Regional Electoral correspondiente, quien a su vez la remitirá a la Oficina Nacional de Registro Civil, a los fines de su sustanciación y decisión.

En cuanto al nacimiento ocurrido en el extranjero de hijos de venezolanos, el reglamento prevé que el mismo será registrado por las Oficinas Consulares de la república, cuya acta, además de las características que establece la ley para los nacimientos deberá señalarse: (a) Identificación plena de la Oficina Consular, (b) Señalamiento expreso del artículo 32.2, 32.3 o 32.4 de la Constitución, (c) Manifestación de voluntad de acogerse a la nacionalidad venezolana, en el supuesto previsto en el artículo 32.3 o 32.4 de la Constitución, (d) La firma del funcionario o funcionaria diplomático o consular.

Levantada el acta por la oficina consular, se enviará una copia certificada con sus recaudos al ministerio con competencia en materia de relaciones exteriores, el cual a su vez la remitirá a la Oficina Nacional de Registro Civil, quien la remitirá a la Oficina Municipal de Registro Civil de la última residencia en Venezuela de la madre o el padre que tenga la responsabilidad de crianza y custodia del niño, niña o adolescente.

b. De las actas de reconocimiento de la filiación

Respecto a los registros o actas que contengan el reconocimiento de hijos ante el Registro Civil deberán contener los siguientes requisitos particulares:

> **Artículo 97**. Las actas de reconocimiento, además de las características generales, deberán contener:

1) Declaración expresa del padre o de la madre que efectúa el reconocimiento.
2) Identificación del hijo reconocido o hija reconocida.
3) Impresiones dactilares del padre o la madre que efectúa el reconocimiento.
4) Identificación completa de las personas presentes en el acto, ya sean declarantes o testigos.
5) Firmas del registrador o registradora civil, declarantes y testigos.

Tales actas deben contener, conforme a dicho dispositivo legal, la identificación completa de la persona que realiza el reconocimiento de la filiación, así como la declaración o manifestación que ésta hace sobre el reconocimiento, a menos que la filiación se establezca o modifique en virtud de una decisión judicial, de acuerdo a lo establecido en el artículo 98; la identificación completa del hijo respecto al cual se hace el reconocimiento; y la identificación de las personas que asisten al acto ya sean como declarante (madre) o como testigos, debiéndose firmar dicha acta por todos.

A su vez el reglamento (artículo 56) establece que los siguientes recaudos deben ser acompañados con la solicitud de reconocimiento:

1. Original y copia fotostática del documento de identidad del padre o madre que efectuará el reconocimiento.

2. Acta de nacimiento de la persona a ser reconocida o información sobre los datos precisos para su ubicación en el Registro Civil.

3. Original y copia fotostática del documento de identidad de la persona a ser reconocida, cuando se trate del reconocimiento de una persona mayor de edad.

4. Original y copia fotostática de la cédula de identidad de dos testigos mayores de edad.

Igualmente el reglamento establece la necesidad de contar con el consentimiento de la persona reconocida, si ésta es mayor de edad.

Una vez efectuado el reconocimiento se deberá estampar una nota marginal en el acta de nacimiento de la persona reconocida que haga mención a dicha circunstancia.

c. De las actas de matrimonio

A los fines de contraer matrimonio se deberá formular una solicitud que deberá ser acompañada con los siguiente recaudos:

1. Original y copia del documento de identidad de los contrayentes.

2. Acta de nacimiento de los contrayentes.

3. Original y copia del documento de identidad de la o las personas cuyo consentimiento fuere necesario.

4. Autorización del o los representantes legales, en caso de adolescentes, mujer mayor de catorce años de edad y varón mayor de dieciséis años de edad. Cuando no exista acuerdo entre los representantes, procederá la autorización del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

5. Sentencia ejecutoriada de divorcio o de nulidad de matrimonio, según el caso, de uno o ambos contrayentes.

6. Acta de defunción del cónyuge fallecido en caso de segunda o ulterior nupcias.

7. Acta de nacimiento de los hijos e hijas que serán reconocidos en el acto.

8. Original copia fotostática del nombramiento del Curador *Ad-hoc*, efectuado por el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en el caso de que uno o ambos contrayentes sea padre o madre de niños, niñas o adolescentes.

9. Declaración jurada de no tener impedimento para contraer matrimonio, efectuada ante el Registrador o Registradora Civil.

10. Documento que acredita la dispensa de los impedimentos que pudiera existir para la celebración del matrimonio, conforme a lo dispuesto en el artículo 65 del Código Civil.

11. Documento de capitulaciones matrimoniales, si las hubiere.

12. Poder especial, en caso de que la celebración del matrimonio sea por medio de apoderado o apoderada.

13. Acta de Esponsales debidamente firmada por los contrayentes.

14. Fecha de fijación y copia del cartel.

El lugar donde se celebrará el matrimonio será en la sede de la Oficina Municipal o Unidad Parroquial de Registro Civil elegida por los contrayentes, salvo que medie alguno de los motivos establecidos en el artículo 59 del reglamento y los contrayentes soliciten celebrar el matrimonio fuera de esa sede, en cuyo caso deberá solicitarse autorización de la Oficina Regional Electoral correspondiente.

En cuanto a las actas de matrimonio, la ley dispone que las mismas deben contener los siguientes requisitos:

> **Artículo 104**. Todas las actas de matrimonio, además de las características generales, deberán contener:
> 1) Identificación completa de los contrayentes.
> 2) Identificación completa de las personas cuyo consentimiento fuere necesario.
> 3) Identificación completa de los hijos e hijas que se hayan reconocido en el acto y el Número Único de Identidad, así como número, año y oficina de las respectivas inscripciones de nacimiento.
> 4) Identificación del poder especial si el matrimonio se celebra por medio de apoderado o apoderada.
> 5) Datos registrales del documento de capitulaciones matrimoniales, si los hubiere.
> 6) Datos de la autorización judicial para contraer matrimonio, en los casos de adolescentes.
> 7) Aceptación expresa de cada uno de los contrayentes.

8) Circunstancias especiales del acto.
9) Firma del funcionario o funcionaria que celebre el acto, los contrayentes, los testigos y las personas cuyo consentimiento haya sido necesario, si se prestare verbalmente.
En caso de personas con discapacidad auditiva o visual, su aceptación se hará constar por escrito. Si éstos no pudieren hacerlo, se formulará la aceptación a través de la lengua de señas venezolanas.

De acuerdo al anterior artículo, tales actas deberán contener la identificación completa de los contrayentes y de las personas cuyo consentimiento fuere necesario para celebrar tal acto, como lo sería la de los padres cuando exista un contrayente adolescente y en tal caso se deberá expresar los datos de la autorización judicial correspondiente; en el caso de que entre los contrayentes existiese hijos que no hubiesen sido reconocidos y se quisiera hacer el reconocimiento en ese acto, deberá expresarse la identificación de tales hijos; si los contrayentes han celebrado capitulaciones matrimoniales a los fines de establecer el régimen de los bienes que se adquieran durante el matrimonio, deberá expresarse los datos de registro del documento en el cual conste las mismas; y en caso de que el matrimonio se realice a través de un apoderado, se debe igualmente señalar los datos de registro del mismo. Por otra parte, en los matrimonios celebrados cuando uno de los contrayentes o ambos se encuentran en artículo de muerte, la ley establece (artículo 112) que el acta respectiva podrá levantarse por duplicado a través de cualquier medio disponible, si las circunstancias así lo requieren, caso en el cual deberá posteriormente incorporarse en el Registro Civil, cuya acta en todo caso deberá contener los requisitos generales antes señalados y además los datos de la certificación médica sobre el estado de salud de uno o ambos contrayentes, la apreciación de los testigos sobre el estado de lucidez mental de los contrayentes y la constancia de la existencia de los hijos e hijas que hubieren procreado, en caso de que existieren.

d. De las actas de las uniones estables de hecho

Este tipo de acto jurídico se incorpora por primera vez en el sistema de Registro Civil Venezolano, y conforme a la ley el acta a través del cual se registra el mismo deberá contener lo siguiente:

Artículo 120. Las actas de las uniones estables de hecho, además de las características generales, deberán contener:
1) Identificación completa de las personas que declaran la unión estable de hecho.
2) Identificación completa de los hijos e hijas, número, año y oficina de las respectivas inscripciones de nacimiento, si estuvieren inscritos.
3) Identificación completa de los hijos e hijas que se hayan reconocido en el acto; el número, año y oficina de las respectivas actas de nacimiento, si estuvieren inscritos.
4) Identificación del poder especial si la unión estable de hecho se inscribe por medio de apoderado o apoderada.
5) Manifestación expresa de las personas de mantener la unión estable de hecho.
6) Indicación de la fecha a partir de la cual se inició la unión estable de hecho.
7) Mención expresa del estado civil de las personas que declaran la unión estable de hecho, que en ningún caso podrán ser casadas, ni mantener registrada otra unión estable de hecho.
8) Autorización de los padres o representantes, en los casos de adolescentes.
9) La firma del registrador o registradora civil, las personas que declaran la unión estable de hecho y los testigos.
En caso de personas con discapacidad auditiva o visual, la declaración se hará constar por escrito. Si éstos no pudieren hacerlo, se formulará la declaración a través de la lengua de señas venezolanas.

De acuerdo la anterior norma, tales actas deberán contener la identificación completa de las personas que declaran la unión estable de hecho, en especial el estado civil de los mismos, el cual nunca podrá ser el de casado; en el caso que entre los declarantes existiesen hijos, la identificación de los mismos, ya fuere que estuviesen reconocidos o se reconozcan en ese acto; la autorización de los padres si alguno de los declarantes fuere adolescente; si la declaración se realiza a través de un apoderado, debe señalarse los datos de registro del documento; la manifestación expresa de los declarantes sobre el establecimiento de la unión estable de hecho y de la fecha desde la cual se inició la misma, y la firma de los que intervienen en el acta.

En cuanto a los recaudos que deben presentarse para la inscripción de una unión estable de hecho, el reglamento[9] (artículo 66) señala los siguientes:

1. Original y copia de la cédula de identidad de los declarantes.

2. Documento que acredite la disolución de vínculo matrimonial o unión estable del hecho anterior, de ser el caso.

3. Acta de nacimiento de los hijos e hijas que se van a reconocer en el acto, de ser el caso.

4. Autorización del o los representantes legales, en caso de adolescentes, mujer mayor de catorce años de edad y varón mayor de dieciséis años de edad. Cuando no exista acuerdo entre los representantes, procederá la autorización del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Respecto a la disolución de las uniones estables de hecho, las mismas pueden ocurrir por declaración de una o ambas parte o por decisión judicial. Cuando la disolución ocurra por manifestación unilateral de una de las partes, la declaración deberá realizarse en el último lugar de residencia de la pareja y habrá que notificarse en forma personal a la otra parte.

e. De las actas de defunción

Finalmente las actas de defunción deberán contener los siguientes requisitos especiales:

> **Artículo 130**. Las actas de defunción, además de las características generales, deberán contener:
> 1) Número, fecha y el personal médico que suscribe el certificado de defunción.
> 2) Identificación completa del fallecido o fallecida.
> 3) Lugar y hora del fallecimiento.
> 4) El término "fallecido" o "fallecida".

9 Reglamento Nº. 1 de la Ley Orgánica de Registro Civil (2013). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 40.093, enero 18, 2013.

5) Identificación del cónyuge o persona con la que mantuvo unión estable de hecho, sobreviviente o premuerto.
6) Identificación de los ascendientes.
7) Identificación de todos los hijos e hijas que hubiere tenido, con especificación de los fallecidos o fallecidas y de los que vivieren, y entre éstos los que sean niños, niñas o adolescentes.
8) Identificación completa de las personas presentes en el acto, bien sea como declarantes o como testigos.
9) Firmas del registrador o registradora civil, declarantes y testigos.

Conforme a la anterior disposición, las actas que contiene el registro de una defunción deben contener la identificación del fallecido y de los parientes que deja, como lo son: el cónyuge o concubino, los ascendientes y los hijos, ya sean que estuvieren muertos o que estuvieran vivos, especificando tal circunstancia y si es o no niño o adolescente; el lugar y momento en que ocurrió el fallecimiento y los datos del certificado de defunción que se expide conforme lo establecido en el artículo 128; la identificación de las personas que intervienen en el acto, ya sea como declarante o testigo y la firma de todos ellos.

En cuanto a los requisitos para registrar tal hecho, el reglamento exige los siguientes:

1. Certificado de defunción original.

2. Copia fotostática de la cédula de identidad del fallecido o fallecida. Cuando el declarante no pueda presentar este documento, podrá consignar cualquier otro medio de prueba que permita la identificación del fallecido o fallecida.

3. Notificación realizada por el Ministerio Público, en caso de fallecimiento de persona desconocida cuya identidad no fue posible comprobar.

4. Original y copia fotostática de la cédula de Identidad de la persona que declara el fallecimiento.

5. Original y copia fotostática de la cédula de identidad de dos testigos mayores de edad.

Si se trata del fallecimiento de un recién nacido, el registrador procederá a efectuar la inscripción del nacimiento y de inmediato inscribirá la defunción en los libros respectivos.

Cuando se trate del fallecimiento de personas venezolanas ocurrida en el extranjero, deberá presentarse el acta de defunción levantada por la autoridad extranjera, debidamente legalizada o apostillada y traducidas por intérprete público, según sea el caso, ante la Oficina Consular de la República Bolivariana de Venezuela, quien la remitirá al ministerio con competencia en materia de relaciones exteriores, para su remisión a la Oficina Nacional de Registro Civil, sin perjuicio de que la misma sea presentada por los interesados directamente los interesados ante las Oficinas y Unidades de Registro Civil.

VI. Personas que intervienen en la formación de las actas

Del texto de la Ley Orgánica de Registro Civil puede observarse que el levantamiento de los registros o actas que se inscriben pueden intervenir diversos tipos de personas como lo son: funcionarios, declarantes, partes y testigos, tal como puede observarse en el artículo 84. A los fines de precisar la intervención de cada una de estas personas en los diversos registros o actas, a continuación se analizará pormenorizadamente cada uno de ellos:

a. Los Funcionarios

Como se indicó anteriormente, dentro del sistema de Registro Civil existen los órganos de gestión que son dos (artículo 20):

1. Los registradores civiles.

2. Los funcionarios consulares y diplomáticos de la República en el exterior.

A tales funcionarios le corresponde la inscripción de los hechos o actos que deben incorporarse en el Registro Civil, conforme lo establecido en el artículo 31, en virtud de lo cual le dan al acta correspondiente el carácter de documento público, por estar autorizados por la ley para dar fe de dichos actos.

Cada municipio contará por lo menos con una oficina de Registro Civil, sin perjuicio de que adicionalmente hayan unidades de Registro Civil en cada parroquia de un municipio y en establecimientos de salud públicos o privados y en cementerios, así como unidades de Registro Civil accidentales, cuando razones de interés público así lo ameriten (artículo 32).

Por su parte, los hechos o actos que ocurran fuera del territorio nacional y que deban ser incorporados en el Registro Civil, serán inscritos por los funcionarios de las oficinas consulares o secciones consulares de las embajadas de Venezuela.

Además, el Código Civil contiene una disposición que no fue derogada por la Ley Orgánica de Registro Civil, que le atribuye competencia a los oficiales militares que designen los reglamentos, para levantar las actas del Registro Civil de los militares en campaña, o de las personas empleadas en el Ejército de la República (artículo 488).

Excepcionalmente pueden existir otros funcionarios diferentes a los antes señalados que pueden en un momento dado cumplir funciones registrales, como por ejemplo en los casos de matrimonio en artículo de muerte, para los cuales cualquier autoridad administrativa civil, judicial o militar puede autorizarlo (artículo 111), pero en todo caso éstos deberán remitir las actas a la Oficina Regional Electoral más cercana, para que ésta las remita a la Oficina o Unidad de Registro Civil correspondiente (artículo 78).

En los ***casos de matrimonio*** la Ley Orgánica de Registro Civil señala como funcionarios competentes para celebrar el mismo (artículo 99), además de los Registradores Civiles y funcionarios consulares, a los Alcaldes o funcionarios que éstos autoricen; a los capitanes de buques de bandera venezolana, dentro o fuera del territorio de la República; y el Código Civil señala también como competentes a los Jefes de Cuerpos Militares en campaña para celebrar matrimonio en artículo de muerte (artículo 101).

b. Las partes

Las partes son las personas a las cuales se refiere el hecho o acto jurídico que se registra, quienes no necesariamente participan en dicho acto, como lo sería en el acta de nacimiento cuya parte es el recién nacido o en el acta de defunción cuya parte es el fallecido, sin embargo, en otras actas como la de matrimonio y uniones estables de hecho, las partes sí intervienen en la formación del acto.

c. Los declarantes

Son aquellas personas que comunican al funcionario respectivo el acontecimiento del cual se deja constancia en el acta o registro, observándose que en algunos casos es obligatorio para ciertas personas realizar la declaración, como en las actas de nacimiento, defunción, nacionalidad y residencia; mientras que en otros es facultativa como en el caso de las actas de reconocimiento de filiación, matrimonio y uniones estables de hecho, tal como se verá a continuación:

1. En las actas de nacimiento

En los casos de nacimiento, la ley establece (artículo 85) que las siguientes personas están en la obligación de declarar los mismos, en el siguiente orden:

a. El padre o la madre.

b. Los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado.

c. El médico o médica que atendió el parto.

d. El partero o partera.

e. Cualquier persona mayor de edad, bajo cuya representación o responsabilidad debidamente acreditada se encuentre el niño o la niña.

f. Los Consejos de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

2. En las actas de reconocimiento de filiación

En los reconocimientos el padre o la madre que efectúa la declaración la hace de manera libre y espontánea.

3. En las actas de matrimonio

En los matrimonios los declarantes por supuesto son los contrayentes, quienes manifiestan su voluntad en forma libre.

4. En las actas de uniones estables de hecho

Al igual que en el matrimonio, en las uniones estables de hecho que se establecen en forman voluntaria, los declarantes concurren y manifiestan en forma libre su deseo de mantener ese tipo de unión.

5. En las actas de defunción

En los casos de defunciones, la ley establece (artículo 126) que las siguientes personas están en la obligación de declarar los mismos:

a. Los familiares directos hasta el tercer grado de consanguinidad y primero de afinidad.

b. El cónyuge, la cónyuge o quien mantenga una unión estable de hecho con el fallecido o fallecida.

c. Los capitanes o capitanas de buque o aeronave donde haya ocurrido el fallecimiento.

d. Cualquier persona o autoridad civil, médica, militar o policial, que tuviere conocimiento del fallecimiento de una persona desconocida, del hallazgo de un cadáver cuya identidad no sea posible comprobar o de una inhumación practicada en lugares distintos a los autorizados.

6. En las actas relativas a la nacionalidad

En este tipo de acta, tanto para adquirir la nacionalidad como para renunciar a ella, la declaración deberá hacerla la persona interesada y en los casos de ser un niño, tal manifestación será realizada por sus padres, y si éste tiene más de siete años deberá oírse previamente su opinión; mientras que en caso de que el interesado sea un adolescente, éste podrá realizar libremente la declaración después de haber cumplido catorce años de edad (artículo 134).

7. En los registros sobre la residencia

Las declaraciones sobre la residencia que tiene una persona, son obligatorias conforme lo establecido en el artículo 139 de la Ley Orgánica de Registro Civil.

d. Los testigos

En algunos casos, los registros o actas que se incorporan al Registro Civil exigen un número determinado de testigos, así: En los casos de reconocimiento de la filiación la ley exige que la declaración se haga en presencia de dos testigos (artículo 95); en los casos de matrimonio dicho acto debe celebrarse en presencia de dos testigos (artículo 111); en las uniones estables de hecho y en las actas de defunción, la ley no señala el número de testigos que deben concurrir; sin embargo, entre los requisitos específicos que deben contener tales actas, se hace mención a testigos (artículos 120 y 130) razón por la cual se debe concluir que en las mismas también deben constar los testigos.

VII. Valor probatorio de las Actas del Registro Civil

La Ley Orgánica de Registro Civil señala expresamente el valor probatorio que tienen los registros o actas incorporadas al Registro Civil al indicar:

> **Artículo 77**. Las actas del Registro Civil tendrán los efectos que la ley le confiere al documento público o auténtico.

Conforme a dicho dispositivo legal, tales actas tienen el valor probatorio de documento público o auténtico, lo cual significa que los hechos o actos que en la misma se indican como sucedidos o celebrados, deben tenerse como ciertos y producir plena convicción en los jueces que deban valorarlos, conforme lo establecido en el artículo 1.359 del Código Civil, lo cual es ratificado con lo indicado en el artículo 11 de Ley Orgánica de Registro Civil el cual señala:

> **Artículo 11**. Los registradores o registradoras civiles confieren fe pública a todas las actuaciones, declaraciones y certificaciones, que con tal carácter autoricen, otorgándole eficacia y pleno valor probatorio.

Por otra parte debe señalarse que la forma de trasladar o hacer valer los registros o actas incorporadas en el Registro Civil, es a través de las copias certificadas expedidas por los funcionarios del registro civil correspondientes, las cuales tendrán pleno valor probatorio conforme lo establecido en citado el artículo 11. Igualmente tales certificaciones pueden emitirse en forma electrónica, lo cual será realizado a través de un certificado electrónico con lo cual las mismas tendrán la eficacia probatoria de los documentos públicos, conforme lo establecido en el artículo 71 de la citada ley.

VIII. La Rectificación de las Actas de Registro Civil

a. Procedencia

Conforme a la Ley Orgánica de Registro Civil la rectificación de las actas del Registro Civil procede por los siguientes motivos:

a. Cuando haya omisiones de las características generales y específicas de las actas.

b. Cuando haya errores materiales que no afecten el fondo del acta.

c. Cuando existan errores u omisiones que afecten el contenido de fondo del acta.

En cuanto al primer motivo por el cual procede la rectificación de una partida, ya se ha indicado cuales con las características generales y específicas de las actas del Registro Civil, contenidas en los artículos 81, 93, 104, 120 y 131 de la Ley Orgánica de Registro Civil, razón por la cual, la omisión de alguna de ellas será motivo suficiente para solicitar una rectificación.

Respecto a los errores materiales que no afecten el fondo del acta, el reglamento[10] señala que son aquellos que obedecen a omisiones o errores de transcripción en la escritura de letras, palabras, números y signos ortográficos, alterando la integridad de los datos que permiten identificar a las personas, hechos, lugares, fechas y documentos que se registran en el acta; y los que son producto de enmendaduras, interlineados o tachaduras, siempre que no se encuentren salvadas al final del acta (artículo 89).

Debe tenerse en cuenta que los errores materiales que no afectan el fondo del acta son los que no afecta el estado civil de la persona de la cual trata el acta, pues de ser así afectaría el fondo del acta, de tal manera que no puede considerarse como un error material si el mismo afecta alguno de los elementos del estado civil de la persona, por lo que debe tratarse de errores o inadvertencias solamente materiales y evidentes, como sería errores ortográficos como una "v" por "b", traducción de nombre, etcétera, tal como lo señala el artículo 773 del Código de Procedimiento Civil.

Los errores que afectan el fondo del acta son aquellos, como se dijo, que pueden afectar el estado civil de una persona, como lo sería el sexo cuando el funcionario del registro por error coloca el sexo femenino siendo masculino; o cuando hay que añadir un segundo nombre de pila, dado que los padres lo llamaron Juan José pero en el acta solo se asentó Juan, omitiendo el segundo.

Por otra parte debe señalarse que no se estaría en presencia de una rectificación por errores que afectan el contenido de fondo del acta, cuando se pretende cambiar la filiación de la persona, como por ejemplo cuando se alega que el nombre del padre que se colocó en el acta es otro, pues en ese caso debe acudirse a una acción de estado y no a una rectificación.

10 Reglamento Nº. 1 de la Ley Orgánica de Registro Civil (2013). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 40.093, enero 18, 2013.

Igualmente es importante señalar que fuera de los casos antes indicados de procedencia de rectificación, no es posible realizar tales rectificaciones por otros motivos, pues el artículo 50 de la Ley Orgánica de Registro Civil es clara en señalar que la modificación de las actas solo es posible en los casos permitidos en la Ley.

b. Competencia

Respecto a los órganos competentes para hacer la rectificación de las actas del Registro Civil, la ley hace una distinción en cuanto si se trata de los dos primeros motivos de rectificación antes señalados (omisiones de características generales o específicas del acta o errores materiales que no afectan el fondo) o si se trata del último (errores u omisiones que afecten el contenido de fondo del acta).

Cuando la rectificación se deba a omisiones de las características generales y específicas de las actas o a errores materiales que no afecten el fondo del acta, la ley señala que la misma deberá hacerse en sede administrativa, en cuyo caso el competente para conocer de la misma es el Registrador Civil (artículo 148).

Por el contrario cuando la rectificación se deba a errores u omisiones que afecten el contenido de fondo del acta, la misma deberá hacerse por vía judicial, debiéndose acudir a la jurisdicción ordinaria (artículo 149). Tal procedimiento de rectificación debe considerarse como un asunto de jurisdicción voluntaria, razón por la cual la misma deberá ser conocida por los juzgados de municipio conforme resolución dictada por el Tribunal Supremo de Justicia[11], que atribuye competencia exclusiva a tales juzgados para conocer de asuntos de jurisdicción voluntaria.

c. Procedimiento y forma de realizar la rectificación

Asimismo dependiendo del tipo de rectificación que se trate (sede administrativa o sede judicial) el procedimiento a seguir difiere el uno del otro. Si la rectificación es en sede administrativa, se debe presentar

11 Tribunal Supremo de Justicia. Resolución Nº. 2.009-006 de fecha 18 de marzo de 2009. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 39.152, marzo 2, 2009.

una solicitud ante el Registrador Civil, la cual debe reunir los siguientes requisitos establecidos en el artículo 147 de la ley:

a. Identificación completa del o de la solicitante o, en su defecto, de la persona que actué como su representante legal.

b. Identificación del acta cuya rectificación se solicita.

c. Motivos en que se fundamenta la solicitud.

d. Identificación y presentación de los medios probatorios, si fuere el caso.

e. Dirección del lugar donde se harán las notificaciones al solicitante.

f. Firma del solicitante o de su representante legal.

Respecto al procedimiento que debe seguirse para este tipo de rectificación, el mismo se encuentra establecido en el artículo 149 de la Ley Orgánica de Registro Civil, el cual se puede resumir de la siguiente manera:

a. Se presenta la solicitud ante el Registrado Civil.

b. El Registrador Civil abre un expediente.

c. El Registrador Civil decide en un plazo de 08 días.

d. Si se decide en forma negativa, se puede ejercer el recurso de reconsideración en un plazo de 15 días.

e. El recurso de reconsideración debe ser decidido en un plazo de 10 días.

f. Si es decidido en forma negativa el interesado puede acudir al contencioso administrativo.

Si por el contrario la rectificación debe realizarse en sede judicial, el procedimiento a seguir es el establecido en los artículos 768, 769, 770, 771, 772 y 774 del Código de Procedimiento Civil[12], el cual puede resumirse de la siguiente manera:

a. Se presenta solicitud ante el juzgado correspondiente, llenando los requisitos establecidos en la ley.

b. El juez examina la solicitud y ordena la citación de las personas que pudieran verse afectadas con la rectificación y notificará al Ministerio Público.

c. Luego se abrirá una articulación probatoria de diez días en la cual se evacuarán todas las pruebas que sean necesarias.

d. Concluida la articulación probatoria, el juez dictará decisión.

e. Si la sentencia ordena la rectificación, la misma será inscrita en el Registro Civil.

IX. Nulidad de las Actas del Registro Civil

Por nulidad debe entenderse la ineficacia de un registro o acta del Registro Civil para producir los efectos jurídicos que la ley le atribuye, ya sea porque por la inexistencia del mismo por ser contrario a la ley o carecer de los elementos que soportan la validez o, bien, por la presencia de vicios u omisiones que afectan la validez del mismo[13].

La Ley Orgánica de Registro Civil señala los siguientes motivos por los cuales las actas del Registro Civil pueden ser nulas:

> **Artículo 150**. Las actas del Registro Civil serán nulas en los casos siguientes:
> 1) Cuando su contenido sea contrario a la ley o carezca de veracidad.

12 Código de Procedimiento Civil (1990). Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 4.209 (extraordinaria), septiembre 18, 1990.

13 Rodrigo Rivera Morales: *Las Nulidades en Derecho civil y Procesal*. 1era. edición. San Cristóbal. Ediciones Jurídicas J. Santana, 2000, p. 17.

> 2) Cuando hayan sido dictadas por un funcionario o funcionaria manifiestamente incompetente o con prescindencia total y absoluta del procedimiento establecido para su expedición.
> 3) Cuando se corresponda a una doble o múltiple inscripción en el Registro Civil. En este caso será válida sólo la primera acta inscrita.
> La nulidad sólo podrá ser declarada por la Oficina Nacional de Registro Civil, a solicitud de persona interesada, de oficio o por solicitud del Ministerio Público o de la Defensoría del Pueblo.

La anterior disposición recoge las causas de nulidad que establece la Ley Orgánica de Procedimiento Administrativos[14] para la nulidad de los actos administrativos (artículo 19), lo cual es lógico dado que los registros o actas del Registro Civil tienen tal naturaleza.

Respecto a la forma de hacer valer la nulidad, debe señalarse que el órgano competente es la Oficina Nacional de Registro, adscrita al Poder Electoral, razón por la cual las personas interesadas deben acudir al mismo, debiéndose agotar por tanto un procedimiento administrativo, antes de acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa, observando el procedimiento administrativo que contiene la citada Ley Orgánica de Procedimiento Administrativos, en virtud de la remisión que se hace a la misma en el artículo 172 de Ley Orgánica de Registro Civil.

X. Pruebas supletorias del estado civil

El Código Civil señalaba que los registros o actas del Registro Civil podían suplirse por cualquier tipo de prueba; sin embargo, tal disposición (artículo 458) quedó derogada por la Ley Orgánica de Registro Civil, quien solo señala que las inserciones proceden en los casos señalados en la ley o por decisión judicial.

El reglamento señala que la inserción es el procedimiento mediante el cual se incorpora en el libro de registro respectivo, el texto íntegro de un acta emitida por autoridad distinta al registrador o del extracto de una decisión judicial, con el objeto de que surtan plenos efectos jurídicos los actos o hechos relativos al estado civil de las personas (artículo 99).

14 Ley Orgánica de Registro Civil (1981). Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 2.818 (extraordinaria), julio 1, 1981.

Las decisiones en la cual se ordene la inserción de un acta, será remitida a la oficina municipal de Registro Civil correspondiente conforme lo establecido en el artículo 152 de la ley y el registrador deberá levantar el acta correspondiente con los datos señalados en la sentencia (artículo 151).

En todo caso la inserción debe contener lo siguiente:

1. Día, mes y año en que se realiza.

2. Denominación de la Oficina o Unidad de Registro Civil.

3. Identificación y fecha del acto mediante el cual se efectuó la designación del cargo del Registrador o Registradora Civil que efectuará la inserción.

4. Lugar, fecha e identificación de la decisión judicial o administrativa que se inserta, con la identificación completa del funcionario o funcionaria o el Tribunal que lo emitió.

5. Transcripción íntegra del contenido del acta que se inserta.

6. En los casos de inserción de decisiones judiciales, se elaborará acta que contenga las características generales de las actas y del acto específico correspondiente.

7. Firma del Registrador o Registradora Civil y sello de la Oficina o Unidad de Registro Civil.

Capítulo 11

Sedes Jurídicas[1]

SUMARIO

I. El domicilio: Concepto y fundamento legal. II. Clases de domicilio. III. Importancia práctica del domicilio. IV. El domicilio general: Determinación. Caracteres. V. El domicilio legal de los niños o adolescentes no emancipados y de los entredichos. VI. Presunción de domicilio de los sirvientes y dependientes. VII. Domicilios especiales: Domicilio de elección: Fundamento legal. Condiciones de validez. Efectos. La renuncia del domicilio. VIII. El domicilio conyugal. IX. Otras sedes jurídicas: Residencia, habitación.

I. El domicilio

Para abordar este tema debe indicarse que es necesario vincular a las personas a un lugar determinado, para que, de suceder ciertos supuestos fácticos, se produzcan determinadas consecuencias jurídicas que el legislador ha considerado conveniente, llamándose a esos lugares, a los cuales se vinculan las personas, sedes jurídicas.

Entre las principales sedes que encontramos en el ordenamiento jurídico están el domicilio, la residencia y la habitación, las cuales serán vistas a lo largo de este tema.

1 Nelson Wladimir Grimaldo H. Profesor de la Universidad Católica del Táchira. Correo electrónico: nelsongrimaldo@hotmail.com.

Concepto de domicilio y fundamento legal

En diversos textos legales podemos encontrar que se hace referencia al domicilio, dándole, en algunos casos, sentidos diferentes al que le da el Código Civil, por ello, a los efectos de este estudio, debe advertirse que al domicilio se le dará el sentido señalado en el Código Civil, distinción esta que ha sido anotada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia al indicar:

> "El concepto de domicilio viene determinado por la ley civil sustantiva –Código Civil- y así lo ha dejado sentado la doctrina y jurisprudencia nacional: 'No hay duda, pues, de que en la legislación venezolana la noción jurídica de domicilio está determinada con entera precisión por la ley civil, y consiste en una relación legal entre la persona y el lugar donde ésta tiene el asiento principal de sus negocios e intereses. Por tanto, no se puede cambiar de domicilio general sino dentro de las pautas que señala la ley. El domicilio de la persona será siempre el mismo mientras no se modifique esa relación legal entre ella y el lugar donde tiene el asiento principal de sus negocios e intereses (Corte Suprema del Distrito Federal. Sentencia del 30-9-1942)…' (ver. Leopoldo Palacios. El Domicilio Civil Venezolano. Ediciones de la Biblioteca EBVC Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1972. Pág. 77).
> Por otra parte, el concepto de domicilio procesal, tiene un significado y alcance diametralmente opuesto, el domicilio procesal es aquel señalado por las partes o sus apoderados en juicio, y donde se verificarán todas las notificaciones e intimaciones a que hubiere lugar; en nada se relaciona con el domicilio de las personas naturales y jurídicas establecido en el Código Civil; si esto no fuese así, una persona que tuviese un domicilio distinto al del lugar del juicio, no pudiera constituir domicilio procesal distinto a su domicilio civil, como efectivamente ocurre en muchos casos y además tampoco podría constituir domicilio procesal su apoderado lo cual también sucede en muchas ocasiones"[2].

En este orden de ideas el Código Civil señala lo siguiente respecto al domicilio de las personas:

2 Tribunal Supremo de Justicia, Nº. RC.00914, 20/11/2006 (Hermilda Orozco contra Agustina Granado), http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scc/Noviembre/RC-00914-201106-06249.htm [Consulta: 2011, Febrero 15].

Artículo 27. El domicilio de una persona se halla en el lugar donde tiene el asiento principal de sus negocios e intereses.

De esta disposición legal se deriva lo siguiente:

En primer término, se observa que el domicilio va a ser el lugar donde la persona tenga ubicado sus negocios e intereses, pero si esa persona tiene varios negocios e intereses situados en diferentes lugares, entonces el domicilio va a ser el lugar donde se encuentren ubicados los principales negocios e intereses, de lo que se deduce que las personas solo pueden tener un domicilio general.

En segundo término, se observa que dicha disposición hace referencia en forma general a negocios e intereses, sin especificar de qué clase deben ser los mismos, razón por la cual hay que deducir igualmente que éstos pueden ser de cualquier índole, no solo materiales o patrimoniales, sino de carácter moral o extra-patrimonial.

II. CLASES DE DOMICILIO

Doctrinariamente se han manejado dos grandes clasificaciones de domicilio, distinguidas, por un lado, según se considere el domicilio para determinados supuestos o efectos o según se considere el domicilio para cualquier supuesto o efecto en el cual la ley no atribuya un domicilio diferente; y por otro lado, según la determinación del domicilio provenga de la ley o provenga de la voluntad de la persona, conforme al siguiente esquema:

Clases de Domicilios:

- Por sus efectos:
  - Domicilio General: para los efectos que no tengan una norma especial.
  - Domicilio Especial: la ley lo considera para determinados efectos.

- Por su determinación:
  - Domicilio voluntario: el lugar es escogido por la persona.

- Domicilio legal: la determinación del lugar la hace la ley.

III. Importancia práctica del domicilio

La importancia del domicilio va a radicar en que la ley atribuye determinados efectos al lugar que es considerado como domicilio, como los que se citarán a continuación:

a. En materia procesal, el domicilio determinará la competencia por el territorio para que los tribunales puedan conocer de algunos juicios. Como se verá durante la carrera de Derecho, al estudiar Derecho procesal civil, los diferentes tribunales van a conocer de los juicios en razón de tres criterios principales: la materia, el territorio y la cuantía. En lo que respecta al territorio, los tribunales, en términos generales, están limitados a conocer solo de los litigios en los cuales el demandado tenga su domicilio en el territorio que les está asignado. En este orden de ideas, se observa que las siguientes demandas deben ser interpuestas en los tribunales que a continuación se señalan:

    1. Las demandas relativas a derechos personales y las relativas a derechos reales sobre bienes muebles se propondrán ante la autoridad judicial del lugar donde **el demandado tenga su domicilio**, o en defecto de éste su residencia. Si el demandado no tuviere ni domicilio ni residencia conocidos, la demanda se propondrá en cualquier lugar donde él se encuentre, conforme lo establece el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil[3].

    2. Las demandas relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles se propondrán ante la autoridad judicial del lugar donde esté situado el inmueble, **la del domicilio** del demandado, o la del lugar donde se haya celebrado el contrato, caso de hallarse allí el demandado, todo a

3 Código de Procedimiento Civil (1990). Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 4.209 (extraordinaria), septiembre 18, 1990.

elección del demandante, conforme lo establecido en el artículo 42 del Código de Procedimiento Civil.

3. Las demandas relacionadas con partición de la herencia entre los sucesores, podrán ser interpuestas ante el tribunal del domicilio de los demandados cuando todos tengan el mismo, conforme lo establecido en el artículo 43 del Código de Procedimiento Civil.

4. Igualmente las demandas entre socios podrán proponerse ante el tribunal del domicilio de la sociedad o de los demandados cuando todos tengan el mismo, conforme lo establecido en el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil.

b. En los casos de que una persona desaparezca de su último domicilio, puede iniciarse un procedimiento de declaración de ausencia, conforme lo establecido en el artículo 418 del Código Civil, siendo por tanto relevante el domicilio para determinar que la persona ya no se encuentran en él.

c. En materia de Derecho de obligaciones, cuando un deudor quiere realizar el pago a su acreedor, la regla general es que dicho pago debe hacerse en el domicilio que tiene ese deudor, conforme lo establecido en el artículo 1.295 del Código Civil.

IV. El domicilio general

El domicilio general es el considerado para una persona en defecto de que exista una disposición legal que establezca uno específico y diferente a éste. Este domicilio general es el establecido en el citado artículo 27 del Código Civil, considerado como la sede principal de los negocios e intereses de la persona.

Dichos negocios e intereses pueden ser de cualquier índole, no solo materiales o patrimoniales sino también de carácter moral o extra-patrimonial, como por ejemplo:

- El lugar donde habita la persona.
- El lugar donde habita su familia más inmediata.
- Lugar donde se encuentran situados los bienes.
- Lugar donde ejerce la profesión u oficio.
- Lugar donde tenga sus cuentas bancarias.

Características

Entre las principales características del domicilio general se tienen las siguientes:

a. **Fijeza**: Esta característica viene dada por la estabilidad que tiene esta sede jurídica, dado que por regla general es poco frecuente que las personas cambien la sede principal de sus negocios e intereses, lo que no significa que la misma sea inmutable, pues en un momento dado puede variar, como es el caso cuando una persona decide mudarse a otra ciudad o a otro país y traslada a ese nuevo sitio sus principales negocios e intereses.

b. **Necesidad**: La opinión mayoritaria de la doctrina es que toda persona tiene domicilio, pues es difícil pensar que exista alguien que no tenga ningún tipo de intereses, patrimoniales o extrapatrimoniales. Sin embargo, el Código Civil acepta la idea de que pueden existir personas sin domicilio, al hacer referencia a las personas que son inhábiles para ocupar cargos en la Tutela, como se observa en el artículo 339 de dicho texto legal. Tal expresión de la ley debe interpretarse como las personas que no tienen domicilio conocido. Por otra parte debe aclararse que la figura de la "renuncia del domicilio" que se verá más adelante, no conlleva a que la persona que realice tal acto deje de tener domicilio, sólo que a los efectos de interponerse una demanda en su contra, podrá incoarse la misma en el lugar donde éste se encuentre.

c. **Unidad**: Las personas naturales únicamente pueden tener un solo domicilio general, pues el citado artículo 27 del Código Civil señala que es el asiento *principal* de sus negocios e intereses, lo que conlleva a interpretar que si una persona tiene varios

negocios e intereses ubicados en diferentes lugares, entonces el domicilio va a ser el lugar donde se encuentren ubicados los principales negocios e intereses, de lo que se deduce que las personas solo pueden tener un domicilio. Respecto a esta característica se debe tener en cuenta lo siguiente:

1. Existe la posibilidad de que la persona pueda tener además de su domicilio general, uno o varios domicilios especiales, ya que éstos pueden coexistir.

2. Las decisiones judiciales en las cuales se establezca cual es el domicilio de una persona, a pesar de que queden firmes, no van a tener el efecto de cosa juzgada material, pues el domicilio de una persona no es inmutable y podría darse el caso en que la persona luego de la decisión cambie su domicilio.

3. Igualmente esta característica de unidad se encuentra atemperada en las personas jurídicas, tal como lo señala el artículo 28 del Código Civil, conforme al cual si la persona jurídica tiene agencias o sucursales, el lugar donde se encuentren las mismas será su domicilio respecto de los hechos, actos y contratos que ejecuten o celebren por medio de esa agencia o sucursal.

V. EL DOMICILIO LEGAL DE LOS NIÑOS O ADOLESCENTES NO EMANCIPADOS Y DE LOS ENTREDICHOS

Respecto a los niños, niñas y adolescentes no emancipados, el Código Civil señala lo siguiente:

> **Artículo 33**. El domicilio de cada uno de los cónyuges se determinará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de este Código.
> El menor no emancipado tendrá el domicilio del padre y la madre que ejerzan la patria potestad.
> Si los padres tienen domicilios distintos, el domicilio conyugal determinará el del menor.

> Si está bajo la guarda de uno de ellos, el domicilio de este progenitor determinará el del menor.
> Si el menor está bajo tutela, su domicilio será el del tutor.

De tal norma se desprende que el domicilio establecido en la ley para los niños, niñas y adolescentes no emancipados, será el mismo domicilio que tenga el padre y madre que ejerzan su patria de potestad; sin embargo, si los dos padres ejercen la patria de potestad y se encuentran casados pero tienen domicilios diferentes, entonces el domicilio del menor será el domicilio conyugal de sus padres, pero si éstos se encuentran separados o divorciados o simplemente no están casados, entonces el domicilio del menor será el domicilio del padre que tenga su custodia, aunque los dos tengan la patria de potestad.

Por otra parte, si los niños, niñas y adolescentes no emancipados se encuentran bajo el régimen de Tutela, entonces el domicilio del tutor que se le ha nombrado será el domicilio de éstos.

VI. Presunción de domicilio de los sirvientes y dependientes

Sobre los sirvientes o dependientes en primer lugar debe precisarse que dependiente es la persona que presta un servicio a otra en una relación de subordinación y sirviente es quien presta servicios domésticos.

Respecto a tales personas el Código Civil señala:

> **Artículo 34**. Se presume que los dependientes y sirvientes que viven habitualmente en la casa de la persona a quien sirven, tienen el mismo domicilio que ésta, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior.

Si se analiza tal norma puede concluirse que la misma no contempla un domicilio general legal como tal, sino una presunción respecto a cuál es el domicilio de este tipo de personas, presunción esta que es *juris tantum* y en consecuencia puede ser desvirtuada demostrando lo contrario.

Para que tal presunción pueda ser utilizada, no basta que el dependiente o el sirviente preste servicios de tal naturaleza, sino que es

necesario que el mismo sea prestado en la casa o residencia del patrono y durante un tiempo prolongado.

Por otra parte debe advertirse que tal presunción tiene como limitación que el dependiente o sirviente no tenga otro domicilio general legal, como en el caso de los adolescentes, pues en ese supuesto privará ese domicilio general legal.

VII. Domicilios especiales

Los domicilios especiales, a diferencia del domicilio general, van a ser considerados por la ley sólo en determinados supuestos o para determinados efectos. Entre ellos se encuentra el domicilio de elección, que se verá a continuación.

Domicilio de elección: Fundamento legal

Las personas a pesar de tener un domicilio general determinado por la ley para todos los efectos en que sea necesario establecer esa sede jurídica, pueden, en ciertos supuestos, escoger un domicilio diferente para ciertos asuntos o actos jurídicos, conforme lo establece el artículo 32 del Código Civil el cual señala:

> **Artículo 32**. Se puede elegir un domicilio especial para ciertos asuntos o actos. Esta elección debe constar por escrito.

Este tipo de domicilio se da mucho en los contratos en los cuales las partes desean que para todos los efectos del mismo, se tenga un lugar específico como domicilio, de tal manera que si se tiene que demandar el cumplimiento o resolución del contrato se sepa con precisión cual será el tribunal territorialmente competente. Por ello el Código de Procedimiento Civil señala que la competencia por el territorio puede derogarse por convenio de las partes, al indicar:

> **Artículo 47**. La competencia por el territorio pude derogarse por convenio de las partes, caso en el cual la demanda podrá proponerse ante la autoridad judicial del lugar que se haya elegido como domicilio. La derogación no podrá efectuarse cuando se trate de causas en las

> que debe intervenir el Ministerio Público, ni en cualquier otro en que la ley expresamente lo determine.

Por tal motivo la doctrina ha señalado que el domicilio especial no es en realidad una especie de domicilio, sino un convenio que realizan las personas para derogar las disposiciones legales sobre el domicilio y sus efectos, a los fines de que convencionalmente se establezca otro sitio.

Condiciones de validez

Conforme se desprende del citado artículo 32 del Código Civil, el domicilio especial debe constar por escrito, razón por la cual el mismo no es posible establecerlo para los contratos verbales.

Igualmente, a los efectos procesales, solo es posible establecer un domicilio especial, cuando en el contrato o convenio para el cual se establece, la ley no señale que debe intervenir el Ministerio Público o cuando la ley expresamente así lo prohíba, conforme se evidencia del comentado artículo 47 del Código de Procedimiento Civil.

Un ejemplo de prohibición de establecer un domicilio especial se encuentra en los contratos de adhesión, conforme lo establece la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios[4], la cual señala:

> **Artículo 74**. Se considerarán nulas las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión, que:
> **… (omissis)**
> **8.** Establezcan como domicilio especial para la resolución de controversias y reclamaciones por vía administrativa o judicial un domicilio distinto a la localidad donde se celebró el contrato, o de las personas.

De tal manera que en este tipo de contratos por más que las partes establezcan un domicilio especial, diferente al lugar donde se celebró el contrato o del domicilio de las partes, el mismo podrá ser declarado nulo y carecer de efectos jurídicos.

4 Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (2010). Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 39.358, febrero 1, 2010.

Efectos

En consonancia con lo ya señalado, el principal efecto de establecer un domicilio especial es que las controversias que se susciten para ese asunto serán conocidas por los tribunales de ese lugar; sin embargo, es conveniente realizar las siguientes consideraciones al respecto:

a. Si el litigio versa sobre la nulidad del contrato para el cual fue convenido un domicilio especial, entonces las partes no podrán hacer uso de ese domicilio dado que sería una contradicción, pues si la pretensión del juicio es la nulidad, se está argumentando que todas las convenciones realizadas en el contrato no son eficaces, entre las que figura la del domicilio especial.

b. A pesar de que las partes establezcan un domicilio especial, ellas pueden optar entre acudir a ese domicilio especial convenido o acudir al domicilio general a los fines de determinar la competencia de los tribunales que deben conocer de ese asunto, a menos que en la convención se haya excluido la posibilidad de considerar cualquier otro domicilio a los fines de la determinación de la competencia.

c. La elección del domicilio especial que hagan las partes se mantendrá por todo el tiempo que sea necesario, salvo pacto en contrario.

La renuncia del domicilio

La renuncia del domicilio es una figura diferente al domicilio de elección antes visto, la cual está contemplada en el Código de Procedimiento Civil así:

> **Artículo 46**. Cuando el obligado haya renunciado su domicilio podrá demandársele en el lugar donde se le encuentre.

La renuncia del domicilio es un acto unilateral que realiza una de las partes de un contrato para que pueda ser demandado en el sitio

donde él se encuentre sin importar si es su domicilio o no, por ello tal figura no sustituye el domicilio que pueda tener la persona que renuncia, sino que trae como efecto el que esa parte pueda ser demandada en el lugar donde se encuentre, sin tener que observarse las reglas relativas de la competencia a los fines de interponerse la demanda[5].

VIII. El domicilio conyugal

El Código Civil establece claramente cuál va a ser el domicilio de la pareja que contrae matrimonio civil, en los siguientes términos:

> **Artículo 140-A**. El domicilio conyugal será el lugar donde el marido y la mujer tengan establecida de mutuo acuerdo, su residencia. En caso de que los cónyuges tuvieren residencias separadas, de hecho o en virtud de la autorización judicial prevista en el artículo 138, el domicilio conyugal será el lugar de la última residencia común.

Como se observa de dicho dispositivo legal, el domicilio conyugal, es decir, el domicilio para todo lo relacionado con el matrimonio, va a ser el lugar donde los cónyuges tengan su residencia común, pues, por regla general, las personas que contraen matrimonio fijan una residencia común, dado que tienen como fin convivir. No obstante lo anterior, en ocasiones, los cónyuges pueden verse en la necesidad de tener residencias separadas por diversos motivos (laborales), y en ese caso, el domicilio conyugal será el lugar donde éstos tuvieron la última residencia común.

Entre los aspectos que destacan la importancia de establecer el domicilio conyugal se encuentra que el mismo determinará la competencia territorial de los tribunales en los asuntos relacionados con el matrimonio, tales como en los juicios de divorcio o separación de cuerpo (contenciosa o de mutuo acuerdo), conforme lo establecido en los artículos 754 y 762 del Código de Procedimiento Civil, disposiciones éstas que pueden aplicarse por analogía a los juicios de nulidad del matrimonio, solicitudes de separación temporal del hogar, solicitudes de autorización para realizar actos que ameriten el consentimiento del

5 Aristides Rengel Romberg: *Tratado de Derecho Procesal Civil*. VI. 3era. edición. Caracas. Editorial Arte, 1992, p. 352.

otro cónyuge y en las solicitudes de medidas preventivas requeridas al juez en los casos en que uno de los cónyuges se exceda de los límites de su administración.

Igualmente debe recordarse que el domicilio conyugal determinará el domicilio de los niños, niñas y adolescentes sometidos a la patria potestad de los cónyuges, cuando éstos no tengan residencia separada, conforme lo comentado *supra*. Sin embargo, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes señala que la competencia de los tribunales en esta materia va a estar determinada por la residencia habitual del niño, niña o adolescente para el momento de la presentación de la demanda o solicitud, excepto en los juicios de divorcio o de nulidad del matrimonio, en los cuales se aplicará la competencia por territorio establecida en la ley, conforme se observa en el artículo 453 de este texto legal.

IX. Otras sedes jurídicas

Residencia

La residencia ha sido definida como el lugar donde una persona habitualmente se encuentra o vive, por lo que debe haber cierta estabilidad en la misma, de manera que dicho lugar no cambia con cualquier alejamiento temporal que pueda realizar la persona de ese sitio.

Tal sede jurídica no necesariamente debe coincidir con el domicilio de la persona, aunque por lo general coincide, pues normalmente las personas tienen su residencia en el lugar donde se encuentra el asiento principal de sus negocios e intereses.

La Ley Orgánica de Registro Civil[6] establece la obligación de las personas naturales de declarar ante los funcionarios del Registro Civil el lugar de su residencia, al señalar:

> **Artículo 139**. Las personas naturales declararán con carácter obligatorio su residencia ante las Oficinas o Unidades de Registro

6 Ley Orgánica de Registro Civil (2009). Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 39.264, septiembre 15, 2009.

> Civil, la cual deberá guardar correspondencia con el lugar donde habitan de forma permanente.

Tal norma se encuentra en consonancia con la definición dada de residencia, al señalar que la misma debe guardar correspondencia con el lugar donde la persona habita en forma permanente.

Entre los aspectos importantes que puede señalarse al determinar la residencia de una persona se encuentran los siguientes:

a. La residencia puede hacer las veces de domicilio respecto de las personas que no lo tienen conocido en otra parte, conforme lo establecido en el artículo 31 del Código Civil.

b. A la hora de contraer matrimonio, éste deberá celebrarse ante uno de los funcionarios de la residencia de cualquiera de los contrayentes, conforme lo establecido en el artículo 66 del Código Civil.

c. En materia procesal, en algunos juicios, la demanda deberá interponerse ante el tribunal donde el demandado tenga su residencia, cuando no se conozca su domicilio (artículo 40 Código de Procedimiento Civil) y a los fines de practicarse la citación de los demandados, también deberá tomarse en cuenta esta sede jurídica (artículo 218 del Código de Procedimiento Civil), lo cual está consonancia con lo señalado en el citado artículo 31 del Código Civil antes mencionado.

Asimismo debe destacarse que las personas se encuentran en la obligación de notificar a los funcionarios del Registro Civil el cambio de su residencia dentro de los cuarenta y cinco días, conforme lo establecido en el artículo 141 de la Ley Orgánica de Registro Civil.

Respecto a la residencia de los niños, niñas y adolescentes no emancipados, la Ley Orgánica de Registro Civil establece que la residencia de ellos será la de sus padres o madres que ejerzan la custodia de los mismos, en los siguientes términos:

> **Artículo 142**. Los niños, niñas y adolescentes tendrán como residencia la de su padre, madre, representante o responsable, hasta que cumplan la mayoría de edad y decidan cambiarla. En caso de divorcio, separación de cuerpos o disolución de unión estable de hecho, o cuando el padre y la madre tengan residencias separadas, la residencia será la del progenitor que ejerza la custodia. El emancipado o emancipada fija por sí mismo su residencia.

Respecto a las personas sometidas a interdicción, dicho texto legal señala que tendrán como residencia la de sus tutores o tutoras (artículo 143) y que las personas privadas de libertad, sometidas a penas de presidio, tendrán como residencia el centro penitenciario donde se encuentren recluidas (artículo 143).

La Habitación

La habitación, también llamada morada, permanencia o paradero, es el lugar en que una persona que no habita allí de modo estable, habita actual y ocasionalmente; puede ser el lugar donde se halla hospedada en un hotel o donde ha sido acogida por un familiar.

La habitación está determinada por un hecho transitorio que no debe confundirse con la momentánea presencia de una persona en un lugar.

La importancia de la habitación se encuentra principalmente en materia procesal, dado que en algunos juicios la demanda deberá interponerse ante el tribunal donde el demandado tenga su habitación, cuando no se conozca su domicilio o residencia (artículo 40 Código de Procedimiento Civil). Por otra parte, cuando el demandado ha renunciado a su domicilio, como se vio *supra*, se tomará en cuenta su habitación a los fines determinar la competencia por el territorio del tribunal que deberá conocer del asunto; y a los fines de practicar la citación de los demandados, deberá tomarse en cuenta esta sede jurídica (artículo 218 del Código de Procedimiento Civil).

Capítulo 12

La Capacidad[1]

SUMARIO

I. Introducción. II. Definición. III. Clasificación. IV. Principios que rigen la capacidad. V. Incapacidades de goce. VI. Incapacidades de obrar. VII. Incapacidad natural y civil. VIII. Incapacidades de protección y de defensa social. IX. Incapacidades por desconfianza y por disciplina. X. Regímenes de incapaces. XI. Consecuencias jurídicas que trae consigo la incapacidad. XII. Sujeción a la potestad de terceros.

I. Introducción

Capacidad es un término utilizado día a día en el argot popular, enfocado desde distintos puntos de vista, de allí se observa en ciertas ocasiones como sinónimo de fuerza, cuando se usan expresiones tales como: "tengo la capacidad suficiente para levantar tal objeto" o como sinónimo de aptitud: "tengo la capacidad para lograr tal objetivo", de hecho, el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española también lo enfoca en este sentido: "Aptitud, talento, cualidad que dispone a alguien para el buen ejercicio de algo"[2]. De igual manera, es orientado por el diccionario como un sistema de medición: "Propiedad de una cosa de contener otras dentro de ciertos límites".

1 Jorge Leal Rangel. Profesor de la Universidad Católica del Táchira.
Correo electrónico: jleal@ucat.edu.ve.

2 *Diccionario de la Lengua Española.* (s.f.). Recuperado el 27 de Julio de 2011, de http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=Capacidad.

Por ello se dice: "el recipiente tiene *capacidad* de 100 litros" o la "mesa tiene *capacidad* para 50 kilogramos de peso". Ello es importante saberlo, puesto que el significado que va dársele a tal expresión en el mundo jurídico, tiene que ver con la medición en los derechos y obligaciones que ostentan las personas, sea ésta natural o jurídica (en su sentido "*strictu sensu*").

En otro orden de ideas, sabido es que el término "persona", conforme se manejó en temas anteriores a éste, es "todo ente *apto* para ser titular de derechos o deberes jurídicos"[3] (cursiva añadida). Ahora: ¿será que todos los entes considerados personas. y por ende, susceptibles de tener derechos y deberes jurídicos, poseen una aptitud ilimitada para tener todos los derechos y deberes que nos presenta el ordenamiento jurídico?. Evidentemente que "no".

Si bien es cierto que todos los seres de la especie humana son considerados personas y por ende "aptos para tener derechos y deberes jurídicos", y en ello no hay diferencia alguna entre todas las personas, sin embargo, sí la hay cuando se entra a analizar quién tiene mayor o menor aptitud de poseer un derecho o un deber jurídico. Ejm: todos los hijos en principio tienen el derecho de heredar a sus padres, tal como lo expresa el artículo 822 del Código Civil, pero dentro de ellos, pudiere existir uno que fue declarado indigno y por ende pierde el derecho a tal herencia. Como se observa, quienes no fueron declarados indignos tienen la aptitud de poseer el derecho de heredar a sus padres, mientras que aquel que lo fue, su aptitud de tener derechos y deberes se ve reducida en relación con sus hermanos.

En el caso hipotético planteado, la cualidad de ser persona no se ve reducida, es decir, no es menos persona el indigno, en relación con sus hermanos; sin embargo, su aptitud ante los derechos sí se ve afectada. Y es aquí donde entra el término "capacidad" como sistema de medición de esa aptitud. Es por ello que con acierto se define la capacidad jurídica como "la medida de esa aptitud"[4].

3 JOSÉ LUIS AGUILAR GORRONDONA: *Derecho civil I Personas.* 20ma. edición. Caracas - Venezuela. Universidad Católica Andrés Bello, 2007, p. 40.

4 Obra citada, p. 40.

II. Definición

De esta manera, la capacidad jurídica se entiende como "la medida de la aptitud de las personas en relación con los derechos y deberes jurídicos"[5]. Sin embargo, hay quienes no la entienden como un sistema o mecanismo de medición de la "aptitud", sino como la "aptitud" misma de tener derechos y deberes, que es lo que se conoce como "personalidad jurídica". Verbigracia: Echeverría define la capacidad como "aptitud que un sujeto de derecho tiene para que le sean atribuidos deberes jurídicos y derechos subjetivos"[6]; Arturo Valencia Zea expresa con respecto a la definición en comento "(…)en su más amplia acepción indica *aptitud* para ser sujeto de derechos, por una parte, y *aptitud* para ejercer tales derechos mediante negocios jurídicos"[7]. (cursiva del autor).

Como se observa, los últimos dos autores citados, hacen de la definición de capacidad un sinónimo de la personalidad jurídica, pues ésta, sí debemos entenderla como la "aptitud" de un sujeto -por el sólo hecho de ser persona- en ostentar derechos y deberes jurídico, situación que le está vedado a las cosas o animales. Mientras que la "capacidad" implica la medición de tales derechos y deberes. De allí que unos sujetos tengan más derechos y deberes que otros o pueden ejercerlos, o no, por ellos mismos.

III. Clasificación

Aguilar Gorronodona nos presenta una clasificación que ha sido prácticamente asumida por autores patrios, tales como Francisco Hung y Héctor Peñaranda, que devienen de clasificaciones hechas por la doctrina francesa y alemana. Así se tiene:

- Capacidad de goce, legal o jurídica.
- Capacidad de obrar.
- Capacidad negocial o de ejercicio.
- Capacidad delictual o de imputación.
- Capacidad procesal.

5 Obra citada.
6 Antonio Ramón Marin Echeverria: *Derecho civil I Personas.* Caracas. Mc Graw Hill, 1998, p. 134.
7 Arturo Valencia Zea: *Derecho civil Parte General y Personas.* 15ma. Edición. Vol. I. Bogotá - Colombia. Editorial Temis S.A., 2004, p. 480.

En este mismo orden de ideas, ya se dijo líneas arriba que la "capacidad" implica una medición de la "aptitud" en relación con los derechos y deberes jurídicos que ostenta una persona. Ahora bien, cada una de las "capacidades" que se encuentran reflejadas en la clasificación, envuelven por supuesto una medición a la aptitud planteada, pero enfocada en diferentes ópticas. Así se tiene que la capacidad de goce, legal o jurídica es la "medida de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos"[8]. En palabras de Valencia Zea y Ortiz Monsalve, esa capacidad es la que "(…) se refiere simplemente a la posibilidad de que determinado derecho se radique en cabeza de una persona"[9].

De esta capacidad gozan todos los individuos de la especie humana desde el momento de su nacimiento, independientemente de la condición física o mental en que se encuentren, de allí, que no importa, si se haya en un estado de enfermedad mental donde no pueda discernir entre lo malo y lo bueno o por el contrario, en su sano juicio. Por el sólo hecho de ser persona, por ejemplo, en principio, se tiene la posibilidad jurídica de suceder *ab intestato*, de manera testada o de realizar cualquier tipo de acto jurídico[10]. En este sentido, un niño de 5 años tiene derecho a heredar a sus padres; un adolescente o un enajenado mental tiene la posibilidad jurídica de comprar o vender un inmueble.

Ahora, ¿será que ese niño o adolescente puede actuar personalmente en la concretización de esos derechos en el plano de la realidad?. Evidentemente que no, y es aquí donde entra en juego otro tipo de capacidad, cual es la de "obrar", entendida ésta como "la medida de la aptitud para producir plenos efectos jurídicos mediante actos de la propia voluntad"[11]. En el ej9emplo del niño o adolescente planteado anteriormente, si bien tiene capacidad jurídica, legal o de goce; no ostenta la de obrar, ya que el ordenamiento jurídico pudiere no darle "plenos efectos jurídicos" a los actos o hechos que realice por su propia voluntad.

---

8 José Luis Aguilar Gorrondona: *Derecho civil I Personas*. 20ma. edición. Caracas - Venezuela: Universidad Católica Andrés Bello, 2007.

9 Obra citada, p. 481.

10 "un acto humano realizado consciente y voluntariamente al cual el Derecho atribuye consecuencias jurídicas(…)" José Mélich: *Doctrina General del Contrato*. 4ta. edición. Caracas - Venezuela. Academia de Ciencias Políticas y Sociales Centro de Investigación Jurídica, 2006.

11 José Luis Aguilar Gorrondona: *Derecho civil I Personas*... op. cit.

Esta posibilidad de obrar se adquiere, dependiendo de cuál sea el subtipo de capacidad de que se trate, tomando en cuenta la clasificación planteada. Así, por ejemplo, para que los negocios jurídicos celebrados por actos de la propia voluntad, tengan plena validez, el legislador toma en cuenta un elemento objetivo como lo es la "edad". En la legislación venezolana, conforme lo establece el artículo 18 del Código Civil, toda persona mayor a los 18 años es "(…) capaz[12] para todos los actos de la vida civil(…)", con las excepciones por supuesto que establezca el legislador. En este sentido, una persona que tenga la edad de 18 años puede perfectamente suscribir un contrato de compra venta por su propia voluntad y por sí mismo, sin requerir la representación de otro sujeto, como sí lo necesitaba cuando era niño o adolescente; produciendo de esta manera plenos efectos jurídicos el mencionado contrato celebrado. Es aquí donde se toca la capacidad negocial o de ejercicio, entendida ésta como "la medida de la aptitud para realizar en nombre propio negocios jurídicos válidos"[13].

Pudiere darse el caso, que la persona no actúa en el mundo de los negocios jurídicos, sino en el plano de los hechos que puedan generar obligaciones o responsabilidades, sin que exista un contrato de por medio. Por ejemplo, un adolescente jugando pelota en la calle rompe el parabrisas del carro de la vecina. Ello, por supuesto genera, en principio, una responsabilidad conforme lo establece el artículo 1.185 del Código Civil. Ahora, cabría la pregunta: ¿será que ese adolescente tiene la obligación de reparar ese daño?

Allí el legislador, a los efectos de darle capacidad a ese adolescente para que nazca en cabeza suya la responsabilidad de reparar el daño, toma en cuenta un elemento subjetivo, como lo es el "discernimiento"[14], conforme lo establece el artículo 1.186 del Código Civil. Se observará de la norma en comento, que el legislador, a los efectos de hacer nacer la obligación de reparar un daño, determina si la persona ha obrado o no con discernimiento y dependiendo de esta condición, hará nacer la obligación. Ello es lo que se conocer como capacidad delictual o de

---

12 Se enfoca en el sentido de la capacidad de obrar.

13 José Luis Aguilar Gorrondona: *Derecho civil I Personas*... op. cit.

14 1. tr. Distinguir algo de otra cosa, señalando la diferencia que hay entre ellas. Comúnmente se refiere a operaciones del ánimo.

imputación, entendida ésta como "la medida de la aptitud para quedar obligado por los propio hechos ilícitos"[15].

En este sentido, el adolescente tendrá capacidad de obrar, pero desde el punto de vista de la capacidad delictual o de imputación, habría que determinar si ha obrado con discernimiento, caso contrario, de no haber obrado bajo este supuesto, se llegará a la conclusión de que no posee capacidad desde este punto de vista y por lo tanto no nacerá en cabeza suya la responsabilidad de reparar el daño.

Claro, ello no excluye la responsabilidad jurídica que nace en cabeza de otros sujetos, como por ejemplo los padres, conforme lo estipula el artículo 1.190 del Código Civil. Es por ello que una persona victima de un hecho ilícito realizado por un adolescente, pudiere tener o no, dos obligados para reparar su daño, por un lado el adolescente, -si actuó con discernimiento- y sus padres, conforme al artículo referenciado. Por lo tanto, ante un litigio, tiene la potestad en demandarlos a ambos o a cualquiera de ellos.

De existir también la posibilidad que una persona quiera actuar en un proceso para hacer valer sus derechos subjetivos y concretizarlos en el plano de la realidad ante un órgano jurisdiccional, la ley exige, por supuesto, entre otros requisitos, la "aptitud" necesaria para que los actos que realice dentro de aquél –el proceso- sean plenamente válidos, es lo que se conoce como capacidad procesal, entendida ésta como "la medida de la aptitud para realizar actos procesales válidos"[16]. En igual sentido lo señala Cuenca al definir la capacidad procesal como la "aptitud para actuar en juicio, como parte o como tercero"[17], afirmando que no hay que confundir la legitimidad como titular de un derecho, con la posibilidad jurídica de actuar en juicio en defensa de sus propios derechos y por sí mismo. En este sentido expresa: "(…) Así, el menor puede tener legitimidad, como titular de un derecho, pero carece de capacidad porque no puede comparecer por sí mismo en juicio sino representado por su padre o tutor, según el caso(…)"[18].

15 José Luis Aguilar Gorrondona: *Derecho civil I Personas...* op. cit.
16 Ibídem.
17 Humberto Cuenca: *Derecho Procesal Civil* (Vol. I). Caracas. Universidad Central de Venezuela, 2005, p. 322.
18 José Luis Aguilar Gorrondona: *Derecho civil I Personas...* op. cit., p. 323.

Nuevamente, el legislador toma en este punto como elemento necesario a su existencia, la edad –elemento objetivo- que en principio será a los 18 años. Sin embargo, bajo el nuevo paradigma en el ámbito de los niños y adolescentes y que algunos autores como Héctor Peñaranda llaman como "capacidad progresiva", la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en el artículo 451[19] le da capacidad procesal a los *adolescentes,* pero de manera limitada, pues establece que es para hacer valer *sólo* aquellos derechos e intereses en los cuales la ley les reconoce capacidad de ejercicio. Un ejemplo de ello, sería en el ámbito laboral, conforme lo establece el artículo 100 del mismo cuerpo normativo, pues el adolescente tiene la posibilidad jurídica de ejercer por sí solo ciertos derechos, como el caso de suscribir contratos de trabajo o convenios colectivos de trabajo, sin que para ello requiera el régimen de representación que sí le exigiría la ley para realizar una venta de un inmueble que le perteneciere.

Es por ello, que la ley en comento le da capacidad procesal a ese adolescente, para hacer valer por sí mismo ante los órganos jurísdiccionales, ese derecho que también le dio la posibilidad jurídica de ejercer por sí mismo, incluyendo dentro de tal capacidad, la de otorgar el poder de representación judicial al profesional del derecho.

Sin coartar el derecho y el deber que tienen los padres o el responsable del adolescente en ejercer la custodia y con ello el cuidado debido del mencionado adolescente, la ley les da la facultad de ingresar al proceso bajo la categoría de terceros, a quienes llama "terceros interesados", figura jurídico procesal que les permitirá coadyuvar a conseguir un feliz término de la causa. Para el ejercicio de esta facultad opina Héctor Peñaranda[20], que aún y cuando no lo diga la normativa en comento, los padres deberían ser notificados de las demandas instauradas por sus hijos para de esta manera poder hacerse parte en el juicio mediante la tercería a que se ha hecho referencia.

19 Artículo 451 LOPNNA: Los y las adolescentes tienen plena capacidad en todos los procesos para ejercer las acciones dirigidas a la defensa de aquellos derechos e intereses en los cuales la ley les reconoce capacidad de ejercicio, en consecuencia, pueden realizar de forma personal y directa actos procesales válidos, incluyendo el otorgamiento del mandato para su representación judicial.
En aquellos procesos iniciados por los y las adolescentes, sus padres, madres, representantes o responsables pueden intervenir como terceros interesados.

20 Héctor Peñaranda: *Derecho civil I Derecho de Personas.* 2da. edición. Zulia. Universidad del Zulia, 2012.

Sin embargo, aún y cuando el artículo 451 de la LOPNNA, otorga capacidad procesal para hacer valer ante los órganos jurisdiccionales aquellos derechos que la misma ley les otorga a los adolescente poder ejercer por sí mismo; considero que dentro del proceso no pudiere realizar cierto tipo de actuaciones que son entendidas como actos de disposición, caso tal por ejemplo de realizar una "transacción judicial", pues la misma implica la cesión de derechos de ambas partes para poner fin al litigio, y ello se traduce en actos de disposición que requeriría seguir los parámetros legales para este tipo de actos, es decir, la representación de quien ostenta la patria potestad y la autorización del juez, para luego, de haberse cumplido estos requisitos previos, sí impartirle la homologación.

Ahora bien, aún y cuando los adolescentes adquieren cierta capacidad procesal en los términos ya analizados, tal capacidad se obtiene en su plenitud al cumplir los 18 años de edad, pues a partir de allí podrá hacer valer cualquier tipo de derecho ante los órganos jurisdiccionales sin limitación alguna.

De esta manera, todos los seres humanos poseen capacidad de goce, legal o jurídica, pero no todos poseen capacidad de obrar. Asimismo, quien tiene capacidad de obrar, pudiere ostentarla de manera limitada, es decir, en un caso concreto tener capacidad procesal pero sin tener capacidad negocial. Es el caso, por ejemplo, del adolescente que va hacer valer los derechos e intereses laborales ante el órgano jurisdiccional, pero la ley aún no le ha reconocido la posibilidad de realizar en plenitud negocios jurídicos válidos por acto de propia voluntad, la cual adquirirá a los 18 años.

IV. Principios que rigen la capacidad

1. Todos los individuos de la especie humana son personas conforme lo estipula el artículo 16 del Código Civil, y toda persona es un ente susceptible de tener derechos y deberes jurídicos, en este sentido, desde que nacemos vivos se tiene la categoría de persona. Por lo tanto, todos tienen capacidad jurídica, legal o de goce. No hay persona alguna que carezca totalmente de esta capacidad.

2. La capacidad de obrar presupone la capacidad jurídica, legal o de goce, mientras que ésta no presupone la capacidad de obrar. Es decir, una persona que tenga capacidad de obrar, necesariamente debe entenderse que ostenta la capacidad jurídica, legal o de goce, en virtud de que es imposible que pueda actuar en el mundo jurídico de manera personal, sin que tenga la posibilidad de ser titular de derechos y deberes jurídicos. Caso contrario, una persona que tenga capacidad jurídica, legal o de goce no necesariamente requiere tener la capacidad de ejercerlos por sí mismo, por cuanto pudiere hacerlo a través de otros sujetos de derechos.

3. Las normas que regulan la capacidad jurídica y la capacidad de obrar son distintas. Así se tiene: a) Conforme al primer principio, es imposible que una persona carezca totalmente de la capacidad jurídica, no existe en el ordenamiento jurídico norma alguna que genere una incapacidad general de goce, ya que se estaría diciendo que el sujeto dejó de tener la categoría de persona; mientras que sí existe incapacidad general de obrar –niño o adolescente-; b) El número de personas que no poseen capacidad de obrar es mayor al número de personas que pueden estar sujetas a una incapacidad de goce; c) En los casos que por excepción existe incapacidad de goce, ésta no puede ser subsanada, mientras que la capacidad de obrar sí, mediante, por ejemplo: el régimen de la representación.

4. Las normas que rigen al capacidad negocial son distintas a las que rigen la capacidad delictual o de imputación. Para tener capacidad negocial, se exige un elemento objetivo, como lo es la edad: artículo 18 del Código Civil; mientras que para que exista capacidad delictual se exige un elemento subjetivo, como lo es el discernimiento: artículo 1.186 del mismo cuerpo normativo.

5. La capacidad es la regla; la incapacidad la excepción. De allí:

   a. No hay incapacidad sin texto legal que lo establezca: Al buscarse en el ordenamiento jurídico venezolano si una

persona mayor de 18 años, tiene o no capacidad para realizar un determinado acto jurídico y no se consiguiese norma alguna que le incapacite para realizarlo, debe presumirse que dicho sujeto es titular de la capacidad suficiente para que el acto produzca plenos efectos jurídicos. Tal presunción se observa claramente en el artículo 18 del Código Civil, cuando el legislador de manera tajante, establece "El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil(…)"

b. Las normas que establecen la incapacidad son de interpretación restrictiva. Ello es así, puesto que desde el punto de vista de la hermenéutica jurídica, toda norma que contenga excepciones a la regla deben ser interpretadas en este sentido, es decir, entender "que la expresión de la ley fue más amplia que la intención que tuvo el legislador"[21], por lo tanto no pudiere extenderse la norma a supuestos que la misma no ha plasmado. Ejemplo: el artículo 1.481 del Código Civil prohíbe la venta entre marido y mujer. Si aplicamos la regla en comento, podríamos decir, en principio, que la norma siendo de excepción, no pudiere extenderse a las personas que viven bajo una relación de hecho –concubinato-, puesto que se estaría rompiendo la regla mencionada.

c. Quien afirma la incapacidad, ya sea, propia o ajena, tiene la carga de probarlo. Si una persona, por ejemplo, quisiera anular un contrato aduciendo que cuando lo suscribió era incapaz por estar bajo el supuesto de minoridad, debe demostrar que no tenía 18 años cuando suscribió el respectivo contrato.

21 José Luis Aguilar Gorrondona: *Derecho civil I Personas*... op. cit.

V. Incapacidades de goce

Todos tenemos capacidad de goce, sin embargo, y bajo supuestos de excepción, hay situaciones puntuales en las cuales no se tiene ese tipo de capacidad. Así por ejemplo:

1. Incapacidad para suceder *ab-intestato*.
   1.1. Cualquiera que sea la persona de cuya sucesión se trate:
   1.1.1. Los no concebidos para el momento de la apertura de la sucesión (art. 809 C.C).
   1.1.2. Los que no hayan nacido vivos (interpretación in contrario *sensu* 17 C.C).
   1.2. A determinadas personas.
   1.2.1. Los indignos a menos que hayan sido rehabilitados (arts. 810, 811, 813 C.C).

2. Incapaces para heredar por testamento.
   2.1. Las iglesias de cualquier credo (art. 841, ord 1C.C).
   2.2. Los institutos de manos muertas (art. 841, ord. 1 C.C y art. 1.141 ap. Único C.C)
   2.3. Los ordenados *in sacris* y los ministros de cualquier culto (art. 841, ord. 2°).

3. Incapaces para recibir por testamento de determinadas personas (arts. 844, 845, 846, 847, 848 C.C).

4. Incapaces para tener derecho de alimentos.
   4.1. El que fuere de mala conducta (art. 299 C.C).
   4.2. Quien cometa determinados hechos tipificados por la normativa civil (art. 300 C.C).

5. Incapaces para recibir por donación (art. 1.436 C.C).

6. Incapaces para adquirir bienes inmuebles (art. 1.144 ap. Único).

7. Incapaces en materia de ventas.
   7.1 Para vender y comprar (art. 1.481 C.C).
   7.2 Para comprar (art. 1.482 C.C).

8. Incapaces en razón de tutela. (arts. 370, 397 y 408 C.C)[22].

VI. Incapacidades de obrar

Aquí habría que diferenciar el tipo de capacidad de que se trate, puesto que ésta se subdivide en: capacidad negocial o de ejercicio, capacidad delictual o de imputación y capacidad procesal.

Con respecto a la primera, se tiene incapacidad negocial o de ejercicio cuando se es menor de edad, lo cual conforme a la legislación venezolana es por debajo de los 18 años, conforme a la interpretación *in contrariu sensu* que se le da al artículo 18 del Código Civil, por tanto, de conformidad con la denominación que le da a las personas que están bajo esta condición por parte de Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en su artículo 2, serían los niños y adolescentes quienes carecen de capacidad negocial o lo que es lo mismo, tienen incapacidad negocial o de ejercicio como regla general, aún y cuando existen las excepciones a esa regla, caso tal, por ejemplo, la posibilidad jurídica de suscribir contratos de trabajo.

Asimismo, no sólo ellos son quienes pueden ostentar este tipo de incapacidad, también se encuentran los entredichos y los inhabilitados, sujetos estos que aún y cuando son mayores de edad, la ley como medidas de protección hacía sí mismo o hacia la misma sociedad, les niega la capacidad negocial o simplemente se las limita. El fundamento lo encontramos en el artículo 1.144 del Código Civil.

Con respecto a la segunda incapacidad, el legislador, toma como condición un elemento subjetivo, cual es "el discernimiento" conforme al artículo 1.186 del Código Civil. De allí, una persona, sea mayor o menor de edad, ante la ocurrencia de un hecho ilícito, habría que analizar si actúo o no con discernimiento para que nazca en cabeza suya la obligación de responder por el daño causado. Ahora bien, si un sujeto mayor de edad, materializa un hecho ilícito, debería suponerse que éste actúo con discernimiento, tomando en cuenta los principios ya analizados, puesto que siendo la capacidad la

22 Francisco Hung V.: *Derecho civil I.* 4ta. Edición. Caracas - Venezuela. Vadell Hermanos Editores, 2009.

regla y la incapacidad la excepción, aquel quien alegue la incapacidad propia o ajena bajo el supuesto de haber obrado sin discernimiento, debe probarlo.

Hay una situación interesante contemplada en el artículo 1.187 del Código Civil, el cual faculta al juez para condenar una indemnización *equitativa* a aquél que ha actuado sin discernimiento, cuando la víctima del daño no ha podido tener la reparación de éste, por quien lo tiene bajo su cuidado.

Con respecto a la tercera incapacidad, es decir, la procesal, el legislador toma el elemento de la edad. En principio debe entenderse una incapacidad procesal para aquellos sujetos de derecho que estén por debajo de los 18 años de edad, es decir, los niños y adolescentes, salvo las excepciones contempladas en el artículo 451 de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Asimismo, toma el elemento subjetivo cuando se entiende incapaces procesalmente a los entredichos e inhabilitados, conforme se desprende dicha incapacidad de los artículo 393 y 409 del Código Civil.

VII. Incapacidad natural y civil

Contempla la doctrina patria que la incapacidad de obrar es posible También clasificarla en natural y civil[23], siendo la primera la que deriva de la misma naturaleza y que por tal debe ser reconocida y tutelada por el ordenamiento jurídico, so pena de ser injusto, caso que no lo hiciera. Este es el caso, por ejemplo, del enajenado mental, que aún y cuando no haya sido declarado entredicho por un órgano jurisdiccional mediante una sentencia, los negocios jurídicos realizados por éste pueden ser anulados. Así se tiene en el artículo 405 del Código Civil que tutela la incapacidad natural cuando permite la anulación de los negocios jurídicos realizados por una persona, anterior a la interdicción, bajo el supuesto de que se demuestre, que la causa que originó la interdicción existía para el momento de la celebración del contrato.

Ahora bien, la incapacidad civil, es la que deriva de la misma normativa jurídica.

23 José Luis Aguilar Gorrondona: *Derecho civil I Personas*... op. cit.

En algunos casos, ambas incapacidades coinciden, como por ejemplo, un enajenado mental que fue sometido al procedimiento de interdicción y por ende, declarado entredicho. Aquí se tiene que la persona está provista de una incapacidad natural por el sólo hecho de su condición de enajenado mental y de una incapacidad civil, por el hecho de la interdicción declarada por el juez y que conforme al artículo 393 mencionado, se entiende como carencia de realizar negocios jurídicos válidos por actos de su propia voluntad. Sin embargo, hay situaciones en las que no hay coincidencia de ambas incapacidades, como es el caso del entredicho por condena penal, el cual posee la incapacidad civil, más no la natural, puesto que está en plena facultad de sus capacidades mentales.

VIII. Incapacidades de protección y de defensa social

Esto tiene que ver con la razón de ser, de la incapacidad, puesto que la misma fue establecida por el legislador para *proteger* al incapaz de terceros, ya que ello busca evitar fraude de alguna persona que aprovechándose de su situación pretenda obtener un beneficio propio o ajeno; o protegerlo contra sí mismo, ya que el incapaz por su corta edad o dificultad mental pudiere actuar –indistintamente de la mala fe de la otra parte del contrato- sin tener conciencia de lo que hace y de las repercusiones negativas que trae para consigo; y así lo ha señalado Ochoa: "Esa persona débil debe ser protegida contra sí misma porque carece, más o menos, de inteligencia o de voluntad, pudiendo actuar definitivamente sin tener conciencia de lo que hace"[24]; o también por necesidad colectiva y no en protección del incapaz.

Todas las incapacidades negociales son en pro del incapaz, es decir, se han establecido con el fin de protegerlo para evitar fraudes en su perjuicio; sin embargo, la incapacidad que afecta a los sentenciados a condena penal no ha sido contemplada para su protección sino en *defensa social.*

IX. Incapacidades por desconfianza y por disciplina

Ochoa expresa también como fundamento de la incapacidad, una situación de desconfianza que se tiene sobre determinadas personas,

24 Óscar E. Ochoa: *Personas Derecho civil I.* Caracas - Venezuela. Universidad Católica Andrés Bello, 2006, p. 226.

tal es el caso de la incapacidad que ostentan los indignos, las iglesias de cualquier credo, los institutos de manos muertas y los ordenados *in sacris*, los tutores antes de la aprobación de la cuenta definitiva de la tutela, los registradores o cualquier otro oficial civil, militar, marino o consular que haya recibido el testamento abierto (art. 810, 841, 844, 846 C.C). Y ello es así, por cuanto el legislador observa la probabilidad de que estos sujetos de derechos actúen de manera parcial y en propio interés, en algunos actos en las cuales deben participar, por la condición que ostentan, como por ejemplo, el sacerdote que aprovechándose de su condición de respeto y admiración, convence a la una persona para hacerlo heredero testamentario; o fundamentada por razones de disciplina, para con ello mantener a la persona de cuya incapacidad se trata en una conducta o comportamiento determinado, sometiendo aquél a la potestad de otro, tal es el caso del niño o adolescente.

X. Regímenes de incapaces

Si bien es cierto que las incapacidades las ha establecido el legislador en protección de aquellas personas vulnerables y que pueden verse afectadas por fraudes de sujetos que buscan beneficios para sí o para un tercero, o supuesto contrario, en pro de la sociedad, caso del entredicho por condena penal, también es cierto que esa imposibilidad para actuar en el mundo jurídico, más que beneficiar o proteger, pudiere afectar en gran medida al incapaz. Es por ello que dichas personas no están totalmente imposibilitadas para actuar en el mundo jurídico. La situación que se plantea, es que los mismos deben actuar por medio, asistidos o autorizados por otra persona, que es lo que se conocería como el régimen de la representación; la asistencia o autorización.

El régimen de representación consiste en la "sustitución de una persona, en cuyo nombre se actúa"[25]. En este caso, el incapaz va a actuar por medio de otra persona quien celebrará el negocio jurídico en nombre de él y cuyos efectos recaerán igualmente en aquél. En este caso, quien suscribe el acto jurídico es el representante.

---

25 Guillermo Cabanellas: *Diccionario Jurídico Elemental.* 5ta. edición. Buenos Aires - Argentina. Editorial Heliasta S.R.L., 1981, p. 22

El régimen de asistencia[26] consiste, en que el incapaz estará acompañado de una persona quien suscribirá con aquél el acto jurídico, no sustituyéndolo como ocurre con la representación.

El régimen de autorización[27] consiste en la aprobación o improbación previa que haga una persona, del negocio jurídico que se propone realizar el incapaz.

Si el sujeto requiere del régimen de representación para poder subsanar su incapacidad, se dice que la incapacidad que ostenta es plena; mientras que si sólo requiere la asistencia o la autorización, por cuanto en estos dos casos el incapaz está actuando en el negocio jurídico, suscribiendo el mismo, se dice que su incapacidad es limitada.

XI. CONSECUENCIAS JURÍDICAS QUE TRAE CONSIGO LA INCAPACIDAD

Bajo este título quiere analizarse, ¿qué consecuencias trae consigo, el hecho de que un incapaz actúe en el mundo jurídico sin la debida representación, asistencia o autorización mencionada?

Tal consecuencia vendría a ser la *nulidad* del acto. Ahora bien, ¿qué debe entenderse por nulidad y qué tipo de nulidad vendría a ser la violación de las normas sobre representación, asistencia o autorización?.

En este sentido, por nulidad de un acto, se entiende: "la ineficiencia o insuficiencia del mismo para producir sus efectos legales" o "la insuficiencia para producir los efectos deseados por las partes"[28].

Ello implica, que si por ejemplo, un contrato de compra-venta es declarado nulo, el mismo no producirá sus efectos, los cuales serían, el transmitir la propiedad del bien y del precio.

---

26 GUILLERMO CABANELLAS: "Concurrencia a un lugar". *Diccionario Jurídico Elemental... op. cit.*, p. 28.

27 Dentro de los puntos de vista que lo enfoca el diccionario, el más acorde con la institución es el que se transcribe a continuación: "Consentimiento, expreso o tácito, que se otorga a cualquier persona dependiente de otra, o que se halla en la imposibilidad de gestionar en nombre propio o ajeno, con el objeto de que realice lo prohibido o imposible sin tal requisito" GUILLERMO CABANELLAS: *Diccionario Jurídico Elemental... op. cit.*, p. 31.

28 ELOY MADURO: *Curso de Obligaciones Derecho civil III.* Vol. II. Caracas - Venezuela. Universidad Católica Andrés Bello, 2009, p. 752.

Estas nulidades se clasifican en absolutas y relativas, llamada esta última también anulabilidad. Obsérvese las características que subyacen en cada una de estas. Así se tiene:

- La nulidad absoluta se funda en los intereses generales de la comunidad; la nulidad relativa se funda en la protección de los intereses particulares de uno de los contratantes.

- La nulidad absoluta puede pedirla cualquier interesado que tenga un interés legítimo en obtenerla; la nulidad relativa puede solicitarse por la persona en cuyo favor o protección se establece, por sus representantes o causahabientes universales.

- Los actos contra los cuales opera una nulidad absoluta no son susceptibles de confirmación; mientras que aquellos que están viciados de nulidad relativa pueden ser subsanados mediante la confirmación.

- La acción para solicitar la declaratoria de nulidad absoluta no prescribe; mientras que para solicitar la relativa sí es prescriptible.

- El juez puede declarar de oficio una nulidad absoluta; mientras que la relativa sólo puede ser declarada por el juez, cuando sea solicitada por la parte legitimada para ello.

- El negocio jurídico declarado en nulidad absoluta, es nulo desde su comienzo; mientras que el negocio jurídico declarado en nulidad relativa, mientras no opere tal declaratoria por un órgano jurisdiccional produce todos sus efectos, pero una vez declarado el vicio se entiende como si el negocio jurídico no hubiese existido[29].

Ahora, el vicio que afecta los negocios jurídicos donde un incapaz haya actuado sin la debida representación, asistencia o autorización, trae consigo una *nulidad relativa* o *anulabilidad*, tal como se puede deducir perfectamente de los artículos 1.346, 1.347, 411 del Código Civil.

29 Eloy Maduro: *Curso de Obligaciones Derecho civil III.* Vol. II... op. cit.

Las características mencionadas sobre la "nulidad relativa" o "anulabilidad", se ven presentes en la nulidad que opera en las incapacidades que nos ocupa. Así se tiene:

- La incapacidad se ha establecido en protección del incapaz y por ello, su anulabilidad puede sólo ser alegada por él, sus representantes, herederos o causahabientes, salvo el caso del entredicho por condena penal que puede oponerla todo aquel a quien interese, conforme lo estipula el artículo 1.145 del Código Civil.

- Son subsanables, una vez que se cumplan las condiciones a que hace referencia el artículo 1.346 del Código Civil, esto es, cesado el supuesto que genera la incapacidad, comenzaría a correr el lapso para atacarlo, vencido éste, quedaría subsanado el vicio; o antes de su vencimiento, la confirmación[30] que se haga de manera expresa o tácita, conforme el artículo 1.351 *ejusdem*.

- Está supeditada a un lapso, una vez vencido cesa la posibilidad de atacarlo.

- El juez no puede declararla de oficio, sino debe esperar a que sea solicitada por aquel a quien la ley le da legitimidad para tal fin.

- En principio el negocio jurídico es válido, hasta tanto no sea declarada su nulidad por el órgano jurisdiccional.

XII. Sujeción a la potestad de terceros

Si bien el régimen de los incapaces se ha creado en beneficio y protección de éstos –salvo, con respecto al entredicho por condena penal-, sin embargo, no es suficiente para proveerle una debida protección en toda su persona, ya que aquello se ha creado sólo para protegerlo en lo que se refiere a los negocios, acto o hechos jurídicos.

30 "Acto unilateral de voluntad mediante el cual la persona que tiene derecho de alegar la nulidad relativa de un contrato renuncia expresa o tácitamente a ejercer ese derecho". Eloy Maduro: *Curso de Obligaciones Derecho civil III. Vol. II...* op. cit., p 763).

Para ir más allá en lo que a protección se refiere, el ordenamiento jurídico establece la posibilidad de que ese sujeto necesitado de una protección integral en su persona, esté sometido a la potestad de otro, quien se encargará del gobierno de la persona del incapaz. Así se tiene que el niño o adolescente está sometido a la potestad de sus progenitores, o el entredicho por defecto intelectual a su tutor; no así el entredicho por condena penal, quien no requiere de esa protección. El hecho de que esté sometido a un régimen penitenciario, no implica que esté bajo la potestad de otro –Estado-, en el sentido de la protección integral a que se ha hecho referencia. El reo tiene plena potestad para vestirse como él quiera, estudiar o trabajar si lo desea o no, dedicarse a la ocupación que considere deseable. Por supuesto debe comportarse en ciertas ocasiones de determinada manera, por cuanto tiene reglas de conducta que le impone el recinto carcelario, como las reglas que impone a todos el Estado, pero ello no implica en forma alguna que esté sometido a la potestad del Estado en el sentido mencionado.

Capítulo 13

Minoridad y mayoridad[1]

SUMARIO

I. Capacidad y edad. II. Niñez y adolescencia. III. Determinación de la minoridad. IV. Régimen jurídico de los menores de edad (niños y adolescentes): En cuanto a la capacidad de obrar: delictual, negocial. V. Ejercicio progresivo de los derechos y garantías. VI. Régimen de protección. Sujeción a la potestad de terceros. VII. La mayoridad. Régimen jurídico de los mayores de edad. VIII. Mayores incapaces.

I. Capacidad y edad

La capacidad -al menos la de obrar- se encuentra íntimamente relacionada con la edad del individuo, pues ésta ha servido de parámetro, más o menos objetivo, para que el legislador establezca los diferentes grados de tal capacidad o, en otro sentido, determine la incapacidad de obrar de las personas.

Por edad se entiende el tiempo en que una persona ha vivido desde que nació, pues precisamente una de las consecuencias o efectos del nacimiento, aparte de la atribución de la personalidad jurídica al individuo, es que a partir de allí comienza a contarse la edad de la persona. Y es la edad, por el transcurso de tiempo que ella representa, el indicador del crecimiento y madurez de la persona. Sabido es por todos que el ser

1 Marjorie Patricia Mattutat Muñoz. Profesora de la Universidad Católica del Táchira. Correo electrónico: mmattutat@ucat.edu.ve.

humano experimenta un proceso de crecimiento y desarrollo físico y emocional con el transcurso del tiempo, desde el nacimiento, pasando por la juventud, la adultez y por último la vejez hasta el fallecimiento, completando así lo que se conoce como el ciclo natural de vida del hombre.

Pues bien, como quiera que el Derecho debe atender a esa realidad biológica del individuo, la relación que existe entre el tiempo de vida del hombre (edad) y su desarrollo físico y emocional ha sido considerado, tradicionalmente, como elemento que influye en la determinación de la capacidad del individuo, específicamente, la capacidad de obrar. Así tenemos que, originariamente, en el Derecho romano las personas estaban clasificadas de acuerdo a la edad en: infantes, impúberes, púberes y mayores de edad, otorgándoles a estos grupos, gradualmente, la capacidad para celebrar actos jurídicos válidos.

El *infans* era quien se encontraba en el período comprendido desde el nacimiento hasta los siete años de edad, quienes eran considerados totalmente incapaces por su corta edad; el *impúber* era la mujer desde los siete hasta los doce años y el hombre desde los siete hasta los catorce años. Los impúberes sólo podían realizar actos que mejoraran su condición jurídica, es decir, todos aquellos que redundaran en su propio beneficio y/o actos de simple administración, no quedando nunca obligados por ellos, por lo cual no eran válidos los actos que los comprometieran personal o patrimonialmente, carecían de capacidad para realizar cualquier acto de disposición; el *púber* era quien alcanzaba la pubertad: la mujer a los doce años y el hombre (fijado definitivamente por Justiniano) a los catorce. En principio los púberes se hacían plenamente capaces pues se consideraban aptos para la vida adulta y, por tanto, aptos para tomar decisiones y quedar obligados, responsablemente, de sus actos. No obstante, posteriormente, producto del cambio experimentado en las relaciones entre los ciudadanos como consecuencia del aumento del comercio y la disminución del imperio de la buena fe en esas relaciones, se limitó su capacidad y se estableció una distinción entre los púberes menores -antes de los veinticinco años de edad- y los púberes mayores -después de esa edad-, otorgándoles capacidad limitada (sometida a la autorización de un curador) a los primeros y la plena capacidad de obrar a los segundos[2].

2 *Lex plaetoria circumscriptione adolescentium*, año 563 de la fundación de Roma, 191 aC. Citada por Jose María Uría S.J.: *Derecho Romano.* Vol. I. San Cristóbal. Universidad Católica del Táchira, 1992, p. 338.

El Derecho venezolano, siguiendo el sistema romano -origen histórico de nuestro Derecho-, ha reconocido tradicionalmente dos grandes grupos de personas atendiendo a la edad a los efectos de la determinación de su capacidad de obrar: los menores y los mayores de edad y se ha considerado, por principio general, a los ***menores de edad*** como incapaces para celebrar actos jurídicos válidos (incapacidad de obrar) y a los ***mayores de edad*** como personas plenamente capaces, con las excepciones y derogaciones a este principio que más adelante se verán.

II. Niñez y adolescencia

De acuerdo con la relación existente entre edad y capacidad comentada, tradicionalmente se ha establecido una diferenciación entre quien adquiere la plena capacidad a partir de cierta edad -el ***mayor de edad***- y quien por no haber alcanzado esa edad mínima aún no adquiere la plena capacidad -el ***menor de edad***-. Conteste con esa postura, históricamente seguida en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, el Código Civil venezolano plantea la distinción en cuanto a la determinación de la capacidad de las personas, así: *"Es mayor de edad quien haya cumplido dieciocho (18) años. El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, con las excepciones establecidas por disposiciones especiales"*. (Artículo 18). De tal disposición se deduce, por interpretación en contrario, que quien no ha alcanzado la edad de dieciocho años es *menor de edad*.

No obstante, de acuerdo con el contenido de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño (CIDN)[3] debía producirse un cambio de paradigma en cuanto a la forma en que los Estados y sus ordenamientos jurídicos regulaban a los niños y adolescentes (menores de edad) y al sistema de protección que respecto de ellos debía establecerse. Se dispuso que el sistema tradicionalmente imperante, denominado de "Situación Irregular", es decir, aquel que ofrece protección al menor cuando ha incurrido en un hecho antisocial o cuando se encuentra en estado de peligro, abandono material y moral o padece déficit físico o mental, debía sustituirse por un nuevo sistema denominado de "Protección Integral", según el cual el Estado debe garantizar una doble protección para los de

3 Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada y hecha ley de la República mediante la Ley Aprobatoria publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 34.541, agosto 29, 1990.

menor edad: *social* y *jurídica*, propiciando las condiciones necesarias y legislando para satisfacer las necesidades básicas y garantizar los derechos fundamentales de la niñez y la juventud.

En tal virtud, a los fines de adecuar la legislación venezolana a las referidas previsiones de la CIDN, se dicta la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente[4] y en ella se planteó el cambio de paradigma sugerido por aquélla. En la Exposición de Motivos de la ley, el legislador planteó lo siguiente:

> "… La Convención cambia el rumbo a seguir por las legislaciones para la infancia y la juventud. Antes de su promulgación, más precisamente desde 1919 hasta 1989, en América Latina todas las legislaciones, incluyendo la nuestra, se sostenían en la doctrina o paradigma de la Situación Irregular. Después de la Convención, las nuevas leyes deben responder al paradigma de la Protección Integral. En efecto, la incorporación de la Convención a nuestro ordenamiento jurídico interno exige la erradicación de la vieja doctrina y la adopción de la nueva…"

Asimismo, siguiendo lo contemplado en la CIDN, señala que el sistema de Situación Irregular se caracteriza porque los niños no son sujetos de plenos derechos sino objeto de tutela por el Estado, utilizándose el término "menores" para identificar a una categoría de personas que son el resultado de la marginación social y señala que, por tanto, se establecen diferencias en el universo de la infancia *"…diferencias entre los sectores incluidos y excluidos en la cobertura de las políticas básicas: a los incluidos se les llama niños, adolescentes, jóvenes y a los excluidos, menores…"* concluyendo que, por ello, en la práctica el término "menor" está cargado de contenido estigmatizante, relacionándolo con delincuente, abandonado. En tal virtud, debe sustituirse dicho sistema por el de Protección Integral, cuya característica fundamental es el reconocimiento de todos los niños, niñas y adolescentes como sujeto de plenos derechos.

Así tenemos, entonces, que el artículo 1 de dicha ley dispone que su objeto es garantizar a todos los niños y adolescentes el ejercicio y el disfrute

4 Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 5.266 (extraordinaria), octubre 2, 1998. Hoy Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes según reforma en Gaceta Oficial de la República de Venezuela 5.859 (extraordinaria), diciembre 10, 2007.

pleno y efectivo de sus derechos y garantías y el artículo 2 determina que son *niños* quienes no han alcanzado los doce años de edad y *adolescentes* quienes son mayores de doce años y menores de dieciocho.

De esa manera se busca sustituir la tradicional distinción entre menor y mayor de edad contemplada en el Código Civil, lo cual no implica, en principio, una modificación al régimen de capacidad previsto, sino la inclusión en la legislación venezolana de una terminología acorde con los tratados internacionales y con el nuevo paradigma en cuanto a la protección de ese grupo de personas que aún no ha adquirido la plena capacidad. Esto implica, a su vez, la existencia de esos dos subgrupos dentro del universo de personas que no han alcanzado la mayoridad: los *niños* y los *adolescentes*, respecto de los cuales se establece un ejercicio progresivo de derechos, atendiendo a su nivel de desarrollo físico y emocional, punto que se tratará más adelante.

III. Determinación de la minoridad

Para la determinación de la minoridad o de la mayoridad y con ésta última la adquisición de la plena capacidad, el legislador venezolano (artículo 18 Código Civil) acoge un sistema objetivo: una edad en la cual el sujeto se hace mayor de edad, independientemente de sus condiciones reales de madurez o desarrollo físico y psíquico.

Si bien lo ideal sería que el grado de capacidad de cada persona estuviera determinado por su madurez, es decir, por su capacidad de entendimiento, de responsabilidad por sus actos, su capacidad para diferenciar lo bueno de lo malo, su discernimiento, pues así podríamos estar seguros de a partir de cuándo el sujeto es realmente apto para celebrar actos jurídicos válidos y para comprender el resultado de dichos actos, lo cierto es que un sistema en tal magnitud subjetivo, lejos de brindar protección, genera desprotección, por ser jurídicamente inseguro. Resultaría en extremo difícil e impráctico tener que determinar, en cada caso concreto, si el sujeto que actúa tiene o no madurez necesaria como para entender el acto que celebra y sus consecuencias y, por tanto si es capaz o no para celebrarlo. ¿A quién dejaríamos tal determinación? ¿Al funcionario ante quien se celebra el acto? ¿Sería necesario practicar un examen médico, físico y psicológico, antes de la celebración de cada

acto para determinar el grado de desarrollo del individuo? ¿Qué sucede si el acto fue celebrado tiempo atrás? ¿Cómo se verificaría el grado de madurez tenido en el pasado? ¿Y si el sujeto actuante falleció para el momento en que se pretende impugnar el acto por falta de capacidad en su celebración? Indudablemente que un sistema normativo de determinación de la capacidad de las personas no puede generar tantas interrogantes[5]. Por tal razón, la mayoría de los ordenamientos jurídicos han establecido un sistema objetivo -**en base a la edad**- de determinación de la minoridad/mayoridad y, con ello, de la capacidad de las personas.

Ahora bien, con respecto a qué edad debe considerarse como suficiente para otorgar a la persona la mayoridad y con ello la plena capacidad, el legislador debe recurrir a la experiencia universal y a la realidad social a la cual estará dirigida la norma. En Venezuela, a partir de la reforma del Código Civil de 1982, la mayoría de edad se estableció a los 18 años, pues el legislador consideró -y así se presume- que a esa edad la persona ha alcanzado facultades intelectuales suficientes como para ser capaz "para todos los actos de la vida civil" (artículo 18), adecuando la edad para el otorgamiento de la plena capacidad, que anteriormente estaba establecida en 21 años, a la evolución de la sociedad y al grado de madurez que, en general, demostraban tener las personas a partir de esa edad.

Sobre la forma de computar la edad, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN hablan de dos sistemas: uno, contando de momento a momento desde el nacimiento (teniendo en cuenta las horas) y otro, acogido por el Derecho civil español, conocido como de "computación civil" contando el día entero del nacimiento, cualquiera que sea la hora de éste, como el primero de los vividos y alcanzándose la edad al comienzo del día del aniversario[6]. Éste último parece ser, también, el criterio dominante en la doctrina nacional aun cuando no exista en nuestro Derecho norma expresa que lo contemple[7].

5 En este sentido, LUIS DÍEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN: "…Tal orientación parece peligrosa por arbitraria e insegura, pues deja la apreciación de la capacidad real, que se traducirá en el reconocimiento de capacidad de obrar jurídica, en un juicio subjetivo…". *Sistema de Derecho Civil.* Volumen I. 8va. edición, 2da. reimpresión. Madrid. Editorial Tecnos, S.A., 1994, p. 239. Y en la doctrina nacional, FRANCISCO HUNG VAILLANT: *Derecho civil I.* 3ra. edición. Caracas. Vadell Hermanos Editores C.A., 2006, p. 248.

6 Ibídem, p. 240.

7 JOSÉ LUIS AGUILAR GORRONDONA. *Personas. Derecho civil I.* 15va. edición. Caracas. Universidad Católica

IV. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS MENORES DE EDAD (NIÑOS Y ADOLESCENTES)

De acuerdo con el citado y comentado artículo 18 del Código Civil y por interpretación en contrario de lo allí dispuesto, el menor de edad carece de capacidad para celebrar actos jurídicos válidos, norma de la cual se ha deducido que el menor de edad por principio general está afectado de una incapacidad *general* (para todos los actos de la vida civil) *plena* (sólo puede ser subsanada mediante un régimen de representación) y *uniforme* (afecta a todos los menores de dieciocho años por igual); siguiendo con ello el sistema objetivo de determinación de la capacidad que comentáramos anteriormente.

No obstante, lo cierto es que en nuestro ordenamiento jurídico civil siempre han existido una serie de disposiciones que habilitan al menor de edad para la realización de determinados actos jurídicos, ya sea por su carácter personalísimo o porque el legislador consideró que, para algunos de ellos, la edad mínima requerida debe ser menor a los dieciocho años. Asimismo, desde la entrada en vigencia de la LOPNNA, existe un "reconocimiento progresivo de derechos" a los niños y adolescentes, permitiéndoles ejecutar determinados actos jurídicos que, anteriormente, sólo podían ejecutar los mayores de edad. Lo cual nos lleva a replantear un poco la manera como se ha considerado la posición jurídica del menor de edad; en lugar de considerarlo, de entrada, como un absoluto incapaz de obrar, tal vez deberíamos hablar de que el menor de edad tiene una capacidad de obrar limitada en los términos y condiciones previstos en la ley. En ese sentido, se comparte la opinión de DÍEZ-PICAZO y GULLÓN según la cual el menor no es por principio un incapaz de obrar, pues ello resulta incompatible con la capacidad que se le reconoce para realizar actuaciones y negocios jurídicos tan trascendentales como, por ejemplo, el matrimonio y el testamento, entre otros[8].

Con respecto a la **capacidad delictual**, como quiera que viene determinada por el discernimiento y no por la edad, el menor de edad quedará obligado por sus actos ilícitos en la medida en que haya obrado o no con discernimiento (artículo 1.186 Código Civil). No obstante, se presume que el menor, en virtud de su corta edad, carece

---

Andrés Bello, 2003, p. 218.

8 LUIS DÍEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN: *Sistema de...* op. cit., p. 241.

de discernimiento, pues esa capacidad para diferenciar el bien del mal normalmente se alcanza con el crecimiento y madurez que se adquiere con el transcurso de los años.

La comisión del hecho ilícito por el menor de edad compromete, en principio, sólo su responsabilidad patrimonial, pero si se trata de un adolescente y el hecho ilícito cometido se encuentra tipificado como delito, será responsable penalmente en la medida de su culpabilidad pero en forma diferenciada del adulto, en los términos y condiciones previstos en la LOPNNA (artículo 526 y siguientes).

Por su parte, como quiera que el menor de edad se encuentra sometido al régimen de patria potestad y en ejercicio de ese régimen los padres tienen la obligación de vigilar sus hijos menores de edad, la responsabilidad patrimonial por el hecho ilícito cometido se trasladará a los padres (o a falta de éstos al tutor) por haber faltado a su deber de vigilancia e incurrir en la llamada culpa *in vigilando*. No obstante, si la víctima del daño no logra obtener la reparación patrimonial de parte de quienes sean los responsables del menor, el juez podrá condenar al autor del daño (incapaz) a una indemnización equitativa (artículo 1.187 Código Civil).

Con respecto a la **capacidad negocial**, el menor está habilitado para llevar a cabo determinados actos válidamente, pues el legislador le otorga capacidad para ello expresamente. Así tenemos:

1. En materia de filiación, el menor puede (y en algunos casos debe) llevar a cabo actos que, por su carácter personalísimo, no pueden corresponder a quienes sean sus representantes, tales como: el reconocimiento de sus hijos (artículo 222 Código Civil), la declaración del nacimiento de sus hijos (artículo 90 LORC[9]), el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos a excepción del poder de representación y administración de sus bienes (artículos 263 y 277 Código Civil).

2. En cuanto al matrimonio, puede contraerlo la mujer con catorce años y el hombre con dieciséis con la autorización de quienes

9 Ley Orgánica de Registro Civil. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 39.264 (extraordinaria), septiembre 15, 2009.

sean sus representantes y pueden llevar a cabo otros actos con ocasión del matrimonio, como celebrar capitulaciones matrimoniales y hacer donaciones (artículos 46, 59 y 146 Código Civil).

3. En cuanto al cambio de nombre, el adolescente mayor de catorce años puede hacer la solicitud personalmente ante el Registrador Civil (artículo 146 LORC).

4. Para la adopción se requiere el consentimiento del adolescente o la opinión del niño a ser adoptado (artículos 414, 415 y 500 LOPNNA).

5. En cuanto a la sucesión testamentaria, el menor con 16 años de edad puede disponer por testamento (interpretación en contrario de artículo 837, numeral 1, Código Civil).

6. En materia laboral, la capacidad para trabajar y para celebrar contratos de trabajo, convenciones colectivas y para ejercer las acciones relativas a los derechos laborales está establecida en catorce años de edad, teniendo los adolescentes, además, derecho de sindicalización (artículos 96, 100 y 101 LOPNNA).

7. Los niños y adolescentes pueden movilizar cuentas de ahorro el acompañamiento y firma conjunta de un representante mayor de edad. Los adolescentes emancipados pueden movilizar estas cuentas libremente (artículo 57 LISB[10]).

8. Puede conferirse mandato al incapaz, en este caso al menor de edad, y podrá representar al mandante, pero quedará obligado con él en los límites de su propia incapacidad (artículo 1.690 Código Civil).

9. Con respecto al derecho de asociación, todos los niños y adolescentes tienen el derecho de asociarse libremente con otras personas con fines sociales, culturales, deportivos,

10 Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Instituciones del Sector Bancario. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 39.627 (extraordinaria), marzo 2, 2011.

políticos, económicos, entre otros, pudiendo, incluso, formar parte de sus órganos directivos y constituir e inscribir por sí mismos personas jurídicas colectivas cuando sean sin fines de lucro (artículo 84 LOPNNA).

10. En materia de capacidad procesal, los niños y adolescentes cuentan con el derecho de petición, derecho a defender sus derechos y derecho a la justicia, pudiendo acudir ante cualquier entidad, autoridad, funcionario público, instancia u organismo para obtener la tutela de sus derechos, debiendo el Estado garantizarles asistencia jurídica gratuita (artículos 85, 86 y 87 LOPNNA). Y los adolescentes tienen capacidad procesal para la defensa de los derechos respecto de los cuales se les confiere capacidad de obrar o de ejercicio, de manera que pueden intentar acciones y celebrar actos procesales, incluso confiriendo mandato judicial (artículo 451 LOPNNA).

11. El menor que ha cumplido dieciséis años, puede realizar todos los actos jurídicos relativos a la obra creada por él, en las mismas condiciones que el menor emancipado, salvo los actos de disposición para los cuales requiere autorización judicial y puede ejercer en juicio las acciones derivadas de su derecho de autor y de los actos jurídicos relativos a la obra creada por él (artículos 31 y 32 LSDA[11]).

12. En otros casos se requiere la opinión del menor de edad para la realización de determinados actos (artículos 269, 334, 237 Código Civil).

V. Ejercicio progresivo de los derechos y garantías

Corresponde ahora hacer mención a este principio contenido en la LOPNNA y que ha generado cierta incertidumbre acerca de si con las disposiciones que lo contemplan en la ley especial se ha producido o no una modificación a las normas y principios generales sobre la capacidad

11 Ley Sobre Derecho de Autor. Gaceta Oficial de la República de Venezuela, 4.638 (extraordinaria), octubre 1, 1993.

de los niños y adolescentes (menores de edad) contenidas en nuestro Derecho civil (Código Civil).

En la Exposición de Motivos de dicha ley se expresa que "*... se reconoce a niños y adolescentes el ejercicio progresivo de sus derechos y garantías, así como el cumplimiento de sus deberes...*" y que ello implica que al niño y al adolescente "*...se le va reconociendo el ejercicio de sus derechos y garantías conforme a su desarrollo o evolución de sus facultades...*". Principio que se encuentra expresamente contemplado en el artículo 13 del referido texto legal. Así motiva el legislador la existencia de algunas disposiciones contenidas en dicha ley en las cuales se le concede a niños y adolescentes capacidad para la celebración de determinados actos o para defender sus derechos de manera personal y directa, ampliando el campo de las excepciones al principio general de incapacidad plena, general y uniforme que afecta a este grupo de personas.

Las disposiciones que contemplan nuevas situaciones en las cuales los niños y adolescentes tienen capacidad para llevar a cabo actos jurídicos por sí mismos y que han generado mayor discusión son las referidas al derecho de asociación y derecho de petición, defensa de los derechos y derecho a la justicia que se mencionaron en el punto anterior como excepciones a la incapacidad de los niños y adolescentes (artículos 84, 85, 86 y 87 LOPNNA).

Con respecto al derecho de asociación (artículo 84), se faculta a los niños y adolescentes a asociarse con otras personas con cualquier fin, incluso económico y político, con la posibilidad no sólo de formar parte de la asociación sino, también, de sus órganos directivos; así como la posibilidad de promover la creación de asociaciones conformadas únicamente por niños y adolescentes.

Igualmente, pueden constituir e inscribir por sí mismos asociaciones siempre y cuando sean sin fines de lucro. En el parágrafo primero de la norma se les reconoce el ejercicio personal y directo de ese derecho pero "*...sin más límites que los derivados de las facultades legales que corresponden a su padre, madre, representantes o responsables...*", lo cual, concatenado con lo expresado en la Exposición de Motivos sobre este punto implica que los padres y representantes tienen el deber de

orientar a los niños y adolescentes en el ejercicio de esos derechos y "*... no se trata de otorgar capacidad plena a los niños y adolescentes, sino más bien de reconocer el ejercicio personal de sus derechos y garantías con la debida orientación...*", de lo cual puede concluirse que la intención del legislador no fue, en este punto, modificar las normas sobre la capacidad de los niños y adolescentes, respecto de los cuales se mantiene el principio general de incapacidad de obrar-negocial, sino prever una excepción más a esa incapacidad, pero podríamos decir que con carácter parcial, pues siempre podrán los padres o representantes guiar el ejercicio de ese derecho por el menor u oponerse a su ejercicio, en cuyo caso podrá el niño o adolescente someter a consideración del Tribunal de Protección de Niños y Adolescentes el asunto, para que el juez evalúe la conveniencia o no de su ejercicio en el caso concreto y, atendiendo al interés superior del niño o del adolescente, decida lo conducente. Hasta aquí, entonces, consideramos no existe una modificación sustancial a las reglas generales sobre la capacidad de los menores de edad.

A igual conclusión puede llegarse respecto del derecho de petición contemplado en el artículo 85, pues contiene la misma reserva respecto de los límites derivados de las facultades legales que corresponden a los padres o representantes del niño o adolescente.

No obstante, con respecto a la defensa de los derechos y a la capacidad procesal de los niños y adolescentes la situación es diferente. Dispone el artículo 86 que los niños y adolescentes tienen derecho a defender sus derechos por sí mismos y se les reconoce el ejercicio personal y directo de ese derecho frente a cualquier persona, autoridad, organismo; derecho que se complementa con el previsto en el artículo siguiente (artículo 87) el cual les da la posibilidad de acudir a un tribunal competente para la defensa de sus derechos y a obtener oportuna respuesta a su petición, pudiendo sólo los adolescentes ejercerlo de manera personal y directa. Para interpretar el alcance de estas disposiciones debemos tomar en consideración, tal y como lo hicimos al analizar las otras disposiciones, lo dicho por el legislador en la Exposición de Motivos de la ley al referirse a esta materia y hacer un análisis integral de este conjunto de normas, apreciando las diferencias que entre ellas existe y las omisiones que, de manera expresa, se observan en las normas.

En efecto, la Exposición de Motivos expresa que en algunos casos *"…usualmente en aquellos vinculados a la defensa de los derechos, se ha considerado pertinente establecer expresamente que a partir de determinada edad los niños o adolescentes pueden ejercerlos por sí mismos, ya que ello implica una garantía adicional de protección…"*, y contestes con ello, los referidos artículos 86 y 87 prevén el ejercicio personal y directo de la defensa de los derechos y del derecho a la justicia sin incluir la limitación que deviene de las facultades de los padres o representantes, de manera que, en estos dos específicos supuestos, la intención del legislador es clara, al no querer mantener la limitación que previó para los otros derechos (de asociación y de petición) y concede el ejercicio libre, personal y directo de éstos.

Para garantizar el ejercicio de estos derechos el Estado debe ofrecer asistencia jurídica gratuita, lo cual no implica que se otorgue capacidad a niños y adolescentes para contratar con profesionales del Derecho dicha asistencia jurídica[12]. A menos que se trate del supuesto previsto en el artículo 451 de la LOPNNA.

En tal virtud, por lo que respecta a la capacidad procesal (defensa de derechos y acceso a la justicia) sí se contempla una excepción a la regla de incapacidad de los niños y adolescentes y se les hace capaces para ejercitar esos derechos de manera personal y directa: por lo que respecta a la defensa de los derechos ante cualquier persona o autoridad, a niños y adolescentes por igual y, por lo que respecta al acceso a la justicia a través de los tribunales competentes, sólo a los adolescentes. Pero ello no nos hace concluir que se ha producido una modificación sobre las normas de capacidad de las personas en nuestro Derecho civil, simplemente que, como expresión de la tendencia cada vez más difundida a nivel mundial, se amplían las derogaciones al principio según el cual, respecto de los menores de edad, *la incapacidad es la regla y la capacidad la excepción*, lo que debe llevarnos a considerar, como se dijo anteriormente, que tal vez dicho principio ya no es acorde con la realidad social y jurídica y debe ajustarse a la tendencia moderna de no considerar al menor como un absoluto incapaz, sino más bien como un sujeto con capacidad pero limitada.

12 Véase: FRANCISCO HUNG: *Derecho Civil*... op cit., p. 268.

VI. Régimen de protección. Sujeción a la potestad de terceros

El legislador no puede limitarse sólo a prever las incapacidades que afectan a determinadas personas sino que, a su vez, debe establecer los distintos regímenes que vienen a subsanar tales incapacidades, especialmente al tratarse de incapacidades de protección, debe existir el régimen de protección correspondiente para cada tipo de incapacidad.

En tal virtud, siendo la incapacidad que afecta a los menores de edad, una incapacidad de protección, pues existe en función de proteger los intereses de esa persona que no cuenta con la madurez necesaria para actuar por sí solo y hacerse responsable de sus actos, éstos cuentan con un régimen de protección que viene a subsanar dicha incapacidad: el régimen de patria potestad. Se trata de un régimen de representación que contiene un conjunto de deberes y derechos de los padres en relación con sus hijos y que tiene por objeto su cuidado, desarrollo y educación integral y que comprende: la responsabilidad de crianza, la representación y la administración de los bienes de los niños y adolescentes (artículos 347 y 348 LOPNNA).

A falta de padres que estén en el ejercicio de la patria potestad, los menores de edad estarán sometidos a un régimen sustitutivo ya sea temporal -colocación familiar- o definitivo -tutela-, pues no pueden quedar desprovistos de la protección.

A su vez, los menores de edad, ya sean niños o adolescentes, están sometidos a la potestad de sus padres o representantes legales, lo cual significa que sus representantes, además, están encargados del gobierno de su persona, pues en razón de su corta edad, no basta con representarlos en la celebración de actos jurídicos y administrar sus bienes, sino que se hace necesario que los padres o en su defecto el tutor, estén encargados de su custodia y vigilancia, proveyendo lo que sea necesario para su cuidado, la satisfacción de sus necesidades y la protección de sus intereses.

Los menores de edad emancipados[13], están sometidos a un régimen de asistencia y autorización.

---

13 La emancipación se produce por efecto del matrimonio contraído por el menor de edad (mujer 14 años, hombre 16 años) y trae consigo la adquisición de cierta capacidad para el menor: puede llevar a cabo actos de simple administración y de disposición contando con autorizaciones especiales para

VII. La mayoridad. Régimen jurídico de los mayores de edad

El mayor de edad es la persona que alcanza los dieciocho años de edad y que, por tanto, se hace plenamente capaz para todos los actos de la vida civil, con las excepciones legalmente establecidas (artículo 18 Código Civil).

La mayoridad o mayoría de edad, entonces, es ese estado civil en el cual, por principio general, se adquiere la plena independencia y la plena capacidad de obrar[14]. Ello significa que el mayor de edad deja de estar sometido a la potestad de otro, nadie ejerce el gobierno sobre su persona más que él mismo y se presume que es absolutamente capaz para la celebración de actos jurídicos válidos.

Con respecto a la **capacidad delictual**, ya se ha dicho que ésta no viene ligada a la edad sino al discernimiento, por tanto, el mayor de edad (así como el menor) tendrá capacidad delictual y será responsable por los hechos ilícitos cometidos, en la medida en que haya obrado con discernimiento. En todo caso, se presume que éste existe en los mayores de edad pues se entiende que han alcanzado la madurez suficiente como para saber diferenciar el bien del mal.

Por lo que respecta a la **capacidad negocial**, el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, es decir, se presume que es capaz para la celebración de actos jurídicos válidos en ejercicio de los derechos de los cuales es titular, adquiere la plena capacidad de obrar negocial. Aquí tiene plena aplicación la regla o principio general que rige a la capacidad de *"la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción"*, excepciones que sólo pueden venir de una disposición legal que, además, deberá ser interpretada restrictivamente. Asimismo, debemos entender que la presunción de capacidad de los mayores de edad no es *iuris et de iure* sino *iuris tantum* y, en tal virtud, admite la prueba contraria, es decir, la prueba de la excepción a la regla general de la plena capacidad.

éstos últimos. (Artículos 382 y siguientes Código Civil).

14 La mayoridad ha sido definida como: "Adquisición de la plena capacidad jurídica por el hecho de cumplir los años que la legislación de cada país requiera (...) Situación jurídica de capacidad de cuantos han cumplido la edad en que se produce la emancipación de la patria potestad, de la tutela o curatela o de otra restricción genérica de las facultades jurídicas de las personas..." Guillermo Cabanellas: *Diccionario Jurídico Elemental.* Buenos Aires. Editorial Heliasta S.R.L., 1979, p. 202.

La excepciones a la regla general devienen de: a) casos en los cuales el legislador exige la asistencia de otras personas para que el mayor de edad pueda celebrar algún tipo especial de actos jurídicos, verbigracia, para la aprobación de las cuentas de la tutela (artículo 380 Código Civil), para enajenar bienes de la comunidad conyugal (artículo 168 del Código Civil); b) casos en los cuales el legislador exige una edad superior para llevar a cabo ciertos actos, como para adoptar (25 años- ex artículo 409 LOPNNA) y c) en los casos de los mayores incapaces.

VIII. Mayores incapaces

Con respecto a los mayores de edad se establecen incapacidades de protección y de defensa social.

Las incapacidades de protección vienen establecidas en caso que el mayor de edad sufra de un defecto intelectual grave y habitual, ya sea de nacimiento o adquirido, que le impida proveer a sus propios intereses y haga necesario privarlo totalmente de la capacidad de obrar, o en casos de defecto intelectual menos grave (debilidad de entendimiento) o prodigalidad, en los cuales sólo sufre una disminución de su capacidad. En el primer caso al mayor de edad se le declara entredicho por defecto intelectual, queda sometido al régimen de interdicción (de representación y sometimiento a la potestad de otro), en el segundo caso se le declara inhábil y queda sometido al régimen de inhabilitación (de asistencia y autorización).

La incapacidad de defensa social viene establecida en el caso de que el mayor de edad sea condenado a presidio, declarándosele entredicho por condena penal y sometiéndolo a una incapacidad general, plena y uniforme con algunas excepciones, especialmente en el ejercicio de derechos personalísimos, y dejándolo bajo la tutela del Estado (régimen penitenciario).

Capítulo 14

La Emancipación[1]

SUMARIO

I. Introducción. II. Definición. III. Clases. IV. Caracteres. V. Efectos: Con relación al gobierno de la persona y con relación a la capacidad. VI. Actos realizados en contravención a las normas sobre emancipación. VII. El ejercicio del comercio por parte del adolescente emancipado.

I. Introducción

La regla general es que el niño o adolescente carece de la capacidad negocial como una forma de protección a su patrimonio, por cuanto dada su falta de madurez natural para actuar en el mundo jurídico-negocial, pudiere ser timado por quien quisiera obtener un provecho de cualquier tipo, para sí o para un tercero.

Sin embargo, hay situaciones, que por excepción y bajo ciertas reglas, el menor de edad adquiere una cierta capacidad limitada para moverse en el ámbito jurídico. Y es el caso, entre otros, del emancipado[2], quien dada la incompatibilidad entre la institución que le otorga aquella condición y la incapacidad a la que por regla general está sometido, el legislador considera necesario colocarlo en una situación intermedia entre

1 Jorge Leal Rangel. Profesor de la Universidad Católica del Táchira.
Correo electrónico: jleal@ucat.edu.ve.

2 Conocida esta categoría de menores en los derechos de corte napoleónico.

el adolescente incapaz y el mayor de edad, no otorgándole una capacidad plena ya que, como se dijo líneas arriba, ostenta una inmadurez natural dada su edad para actuar sólo en el mundo jurídico.

II. Definición

Cómo entender en el lenguaje común la expresión "emancipar". Así se tiene:

> "Libertar de la patria potestad, de la tutela o de la servidumbre; Liberarse de cualquier clase de subordinación o dependencia"[3].

> "Del verbo latino *emancipare*, que equivale a soltar de la mano o sacar del poder de alguien, y por extensión, enajenar, transferir. Esta voz posee un sentido genérico, frecuente además en Derecho Político, como liberación, redención o término de una sujeción.(…)"[4].

Efectivamente, la emancipación implica la *liberación* que obtiene una persona, un grupo de personas, un pueblo, una sociedad, un país, etcétera; en relación con otro quien ostenta el poder y la hegemonía sobre aquél o aquéllos.

Cuando la emancipación es enfocada desde el punto de vista del artículo 382 y siguientes del Código Civil, cual es el caso que nos ocupa, la connotación es la misma pues implica la liberación del adolescente de la patria potestad o tutela a la que pudiere estar sometido por efecto de su condición de minoridad, liberación que se da bajo los supuestos o requisitos contemplados por el legislador, siendo la única causa, en nuestro Código Civil vigente, el matrimonio; teniendo como efectos jurídicos: el libre gobierno de la persona del adolescente y la libertad de actuar por sí solo en la administración de sus bienes y bajo el régimen de autorización o asistencia para los actos que impliquen el excederse en dicha administración. Al respecto, obsérvese algunas definiciones dadas por la doctrina. Así se tiene:

---

3 *Diccionario de la Lengua Española.* (s.f.). Recuperado el 29 de Julio de 2011, de http://buscon.rae.es/drael/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=emancipación.

4 Guillermo Cabanellas: *Diccionario Jurídico Elemental.* 5[ta.] edición. Buenos Aires - Argentina. Editorial Heliasta S.R.L., 1981, p. 112.

"Estado o condición del menor que, en virtud de la ley, sale de la potestad de otro y adquiere el libre gobierno de su persona y la administración de su patrimonio"[5].

"Es un acto solemne o un beneficio de la ley que produce la consecuencia de libertad al menor de la patria potestad o de la tutela y de conferirle, con el gobierno de su persona, una cierta capacidad, por lo demás limitada a la pura administración, en cuanto a su patrimonio"[6].

La emancipación trae consigo que el adolescente adquiera, pese a su minoridad, una capacidad de obrar superior a la que ostenta un adolescente que no ha contraído matrimonio civil, pero menor a la que posee un mayor de edad. Es decir, se manifiesta en una situación intermedia entre ambos –adolescente Vs. mayor de edad-.

III. Clases

Del articulado dedicado por nuestro legislador a la institución en estudio, se desprende la existencia de una sola clase de emancipación, cual es la que produce el matrimonio denominada emancipación *legal,* por cuanto nace directamente del ordenamiento jurídico sin necesidad de ser decretada por funcionario público alguno. Sin embargo, ello no siempre fue así, puesto que bajo el amparo del Código Civil de 1942 se diferenciaba la emancipación legal de la voluntaria[7] que era otorgada por los padres mediante la intervención del órgano jurisdiccional, el cual, una vez verificado los supuestos normativos que contemplaba el Código Civil de 1942, decretaba la emancipación del menor, requisitos estos que conforme al artículo 383 y 384 se concretaban en:

- Que el menor hubiere cumplido los 18 años.
- Que el padre o la madre en ejercicio de la patria potestad o el tutor quisieran emancipar al menor.

---

5 Francisco Hung: *Derecho civil I.* 4ta. edición. Caracas - Venezuela. Vadell Hermanos Editores, 2009, p. 318.

6 Colín y Capitant: *Curso Elemental de Derecho civil.* 4ta. edición. Vol. I. Madrid. Instituto Editorial Reus, 1961, p. 260.

7 Llamada también judicial, puesto que participaba el órgano jurisdiccional para su otorgamiento.

- Que el menor consintiera en su emancipación.
- Que el padre, la madre o el tutor manifestaran su intención de emancipar al menor ante el Juez de Primera Instancia en lo Civil del domicilio del menor.
- Que el juez oyera al menor.
- Que el juez encontrare acreditada la conveniencia de emancipar al menor.
- Que si el menor estaba bajo la tutela, el juez oyera la opinión del Consejo de Tutela.
- Que el juez aprobara la emancipación, lo que debía hacer procediendo sumariamente por Decreto[8].

Ello se daba, en virtud de la existencia en ciertos menores de la madurez natural suficiente para justificar el hecho de no estar sometido a la patria potestad o tutela, propio del régimen de minoridad[9].

Una vez reformado el Código Civil en 1982, la cual entre otras reformas, disminuye el elemento objetivo "edad" para adquirir la "capacidad plena", de 21 a 18 años, se elimina la emancipación voluntaria pero se mantiene la *legal,* la cual se da por efecto del matrimonio civil, ya que se entiende incompatible la institución del matrimonio -tomando en cuenta las consecuencias jurídicas y económicas que trae consigo- con la incapacidad que soporta el menor de edad dada su condición.

A diferencia de Venezuela, otros países, como por ejemplo Colombia[10], mantienen la emancipación voluntaria, además de la legal, e incluyen la judicial.

---

8 José Luis Aguilar Gorrondona: *Derecho civil I Personas* 20[va.] edición. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello, 2007, p. 386.

9 Francisco Hung: *Derecho civil I...* op. cit.

10 Ello se observa en los artículos 312 al 315 de su Código Civil:
Artículo 312. <DEFINICIÓN DE EMANCIPACIÓN>. La emancipación es un hecho que pone fin a la patria potestad. Puede ser voluntaria, legal o judicial.
Artículo 313. <EMANCIPACIÓN VOLUNTARIA>. <Artículo modificado por el artículo 43 del Decreto 2.820 de 1974. El nuevo texto es el siguiente:> La emancipación voluntaria se efectúa

Como se puede observar, hay causales en ellos que dan origen a la emancipación legal, como por ejemplo muerte de los padres, mayoridad, que en el caso venezolano se estipulan como causales de extinción de la patria potestad, en los términos del artículo 356 de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA); y como emancipación judicial causales que dan origen en nuestro Derecho, con redacción distinta y ciertas variantes, a la privación de la patria potestad: artículo 352 *ejusdem*.

IV. Caracteres

- Se produce de pleno derecho

Así se observa del artículo 382 del Código Civil, cuando establece: "El matrimonio produce de derecho la emancipación". Esta institución–matrimonio- es la que por sí sola produce la emancipación, sin que haya funcionario alguno que necesite decretarla, pues basta la celebración del matrimonio para que se entienda que el adolescente ha sido emancipado con todos los efectos jurídicos que ello conlleva.

- Es definitiva

Se desprende igualmente del artículo 382 *ejusdem*, cuando establece: "La disolución del matrimonio no la extingue". Ahora bien, conforme a

---

por instrumento público, en que los padres declaran emancipar al hijo adulto y éste consiente en ello. No valdrá esta emancipación si no es autorizada por el juez con conocimiento de causa. Toda emancipación, una vez efectuada, es irrevocable, aún por causa de ingratitud.
Artículo 314. <EMANCIPACIÓN LEGAL>. <Artículo modificado por el artículo 44 del Decreto 2.820 de 1974. El nuevo texto es el siguiente:> La emancipación legal se efectúa:
1o. Por la muerte real o presunta de los padres.
2o. Por el matrimonio del hijo.
3o. Por haber cumplido el hijo la mayor edad.
4o. Por el decreto que da la posesión de los bienes del padre desaparecido.
Artículo 315. <EMANCIPACIÓN JUDICIAL>. <Artículo modificado por el artículo 45 del Decreto 2.820 de 1974. El nuevo texto es el siguiente:> La emancipación judicial se efectúa, por decreto del juez, cuando los padres que ejerzan la patria potestad incurran en alguna de las siguientes causales:
1a) Por maltrato habitual del hijo, en términos de poner en peligro su vida o de causarle grave daño.
2a) Por haber abandonado al hijo.
3a) Por depravación que los incapacite de ejercer la patria potestad.
4a) Por haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año.
En los casos anteriores podrá el juez proceder a petición de cualquier consanguíneo del hijo, del abogado defensor de familia y aun de oficio.

nuestra legislación, los dos únicos caminos que traen consigo la disolución de la institución matrimonial son: el divorcio o la muerte de cualquiera de los cónyuges. En ellos, dentro de todos los efectos jurídicos que pueden generar, no está el dejar sin efecto la emancipación alcanzada por el adolescente.

Asimismo, la nulidad del matrimonio tampoco genera la extinción de la emancipación, salvo el caso de mala fe para con el cónyuge que ha obrado de esta manera. Así se desprende del artículo 382 en comento: "Si el matrimonio fuese anulado, la emancipación se extingue para el contrayente de mala fe, desde el día que la sentencia de nulidad pase en autoridad de cosa juzgada". Pudiere darse el caso del adolescente que manipulando su identificación con anuencia de sus padres, falsea su edad, para aparentar capacidad a los efectos de contraer matrimonio. En este caso, faltaría uno de los requisitos esenciales para el perfeccionamiento del contrato matrimonial, pudiendo ser declarado nulo. Ante dicha situación, con respecto a ese adolescente se extinguirá la emancipación *desde* el día que la sentencia que declaró la nulidad adquiría firmeza.

- Es irrevocable

La revocabilidad sólo era permitida cuando existía la emancipación voluntaria, puesto que era el padre con la intervención del juez quien la otorgaba, bajo la creencia de la madurez de su hijo para el manejo de su propia persona y de sus bienes, pudiendo dejarla sin efecto a través de la figura jurídica de la revocación, y ello bajo ciertos supuestos. Habiéndose derogado tal norma en la reforma de 1982 y eliminado el otorgamiento voluntario, la emancipación no puede dejarse sin efecto mediante la revocación, ya que no es otorgada por persona alguna, quedando sin efecto sólo bajo la nulidad del matrimonio con respecto aquel que ha obrado de mala fe, caso de haber existido este supuesto.

V. Efectos

Libre gobierno de la persona

No hay norma jurídica que exprese tal circunstancia, sin embargo, la misma se infiere en la doctrina por la incompatibilidad que traería consigo

el estar gobernado por otro y la institución del matrimonio, pues ésta trae una serie de deberes en cabeza de los cónyuges, que no sería posible afrontar de una manera idónea si cualquiera de ellos o ambos estuvieren sometidos al gobierno de la persona de sus padres o tutores.

En este sentido tendrían plena facultad para determinar, por ejemplo, el lugar de la residencia común o el domicilio conyugal; la crianza de sus hijos; la institución en que van a recibir educación, etcétera.

Con relación a la capacidad

Aquí habría que diferenciar varios supuestos:

Actos que no exceden de la simple administración: Ejemplo de ello sería arrendar un inmueble que no exceda de tres años. Para materializar un acto de este tipo, el adolescente emancipado tiene plena capacidad para efectuarlo, por sí sólo, cómo podría hacerlo un mayor de edad, tal como se desprende del artículo 383 del Código Civil.

Actos que exceden de la simple administración: Llamados también actos de disposición, ejemplo de estos serían la enajenación o hipoteca de un inmueble o dar en préstamo una cantidad de dinero. Para efectuar este tipo de actos o negocios jurídicos, el adolescente emancipado requiere de la *autorización* del juez competente, tal como lo expresa el mismo artículo 383 *ejusdem*. Ahora bien, conforme la normativa de la LOPNNA, específicamente en el literal "I" del Parágrafo Segundo del artículo 177, la competencia desde el punto de vista de la materia está atribuida al Juez de Protección de Niños y Adolescente y territorialmente al juez con competencia en el territorio donde se encuentra la residencia habitual del adolescente emancipado, conforme al artículo 453 de la normativa referenciada.

Para estar en juicio o actos de jurisdicción voluntaria: El adolescente emancipado posee una capacidad reducida, ya que debe estar *asistido* por uno de los progenitores que ejercería la patria potestad en el supuesto que aquel no hubiere sido emancipado. Y a falta de dicho progenitor será *asistido* por un curador especial –*ad hoc*- que el mismo adolescente nombrará pero con la aprobación del juez. Es importante tener

presente, que los derechos que debe hacer valer el emancipado por ante el órgano jurisdiccional, de la manera como se ha expresado en el presente titulo, son aquellos que la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes no establece la posibilidad jurídica de ejercer por sí mismo, pues aquéllos en la cual la normativa en comento da esa posibilidad, no requeriría el adolescente emancipado ceñirse al proceder del Código Civil, como por ejemplo una demanda de prestaciones sociales, ya que la ley en comento le otorga capacidad procesal al adolescente para hacer valer este derecho por sí mismo.

En el caso de rendición de cuentas de los bienes del adolescente: En aquellos casos en que por ley hay que rendir cuentas de la administración de los bienes del emancipado –lo que ocurre cuando el adolescente por ejemplo estaba sometido a un régimen de tutela-, por su condición de emancipado debe rendírsele a él, pero asistido por quien debería tener la tutela o patria potestad, de no estar bajo esa condición de emancipación. Por supuesto, tal circunstancia traería como consecuencia que fuese la misma persona que rendiría la cuenta –el tutor-, quien lo debería asistir, por tal circunstancia es necesario el nombramiento de un curador especial –*ad hoc*- por el mismo adolescente pero con la autorización del juez, quien asistiría a aquél. Ello con el objetivo de cumplir la finalidad de la norma, cual es la protección de los intereses del adolescente, que se verían conculcados si quien debe rendir la cuenta sería el mismo que lo asiste. Es por ello que ante una posible oposición de intereses entre el adolescente y quien debe asistirlo, la normativa permite el nombramiento del curador especial mencionado. Así lo expresan los artículos 384 y 385 del Código Civil.

Para aceptar donaciones que no tengan carga alguna o condición, el emancipado puede aceptarla por sí mismo, pero, de tener consigo alguna carga o condición, requiere la autorización del curador (art. 1.442 Código Civil). Un ejemplo de donación sometida a una carga sería la de un inmueble sobre la cual pesa una hipoteca.

VI. Actos realizados en contravención a las normas sobre emancipación

En aquellos casos en los cuales el adolescente actúa en el mundo jurídico sin la debida asistencia o autorización en los actos o negocios

que así lo requieran -conforme a las reglas que hemos observado anteriormente-, traería como consecuencia en que el acto o negocio jurídico quedaría viciado de nulidad relativa o anulabilidad. Ello se desprende del artículo 1.142 en su numeral 1° del Código Civil, la cual establece que el contrato *puede* ser anulado por incapacidad legal de las partes o una de ellas; y del 1.347 en su numeral 2°: "En las obligaciones de los menores, la acción por nulidad se admite: (...) 2°. Cuando el menor emancipado ha ejecutado por su cuenta un acto para el cual la Ley requiere la asistencia del curador".

Es importante tener presente que esa nulidad sólo puede darse en interés del adolescente y no de la otra parte contratante, siendo legitimados activos para solicitarla por ante el órgano jurisdiccional: el mismo adolescente asistido por quien hubiere ostentado la patria potestad de no haberse emancipado o por un curador especial que nombrará él, autorizado por el juez competente. Asimismo son legitimados activos los herederos o causahabientes del adolescente, en el supuesto que éste falleciera. Ello se desprende de una interpretación sistemática dada al artículo 386 del Código Civil, hecha a la luz de las normas sobre emancipación, por ello debemos entender que no tiene legitimación activa el representante[11] del adolescente, puesto que conforme al literal "b" del artículo 356 de la LOPNNA, la emancipación produce de pleno derecho la extinción de la patria potestad y con ello, por supuesto, el régimen de representación.

VII. El ejercicio del comercio por parte del adolescente emancipado

Para realizar actos que se consideran de comercio conforme a la normativa que regula la materia, cual es el Código de Comercio, las reglas son distintas a las establecidas por el Código Civil para realizar actos civiles. En efecto, el artículo 11 del Código mencionado dispone lo siguiente:

> El menor emancipado, de uno u otro sexo, puede ejercer el comercio y ejecutar eventualmente actos de comercio, siempre que para ello fuere autorizado por su curador, con la aprobación del Juez de Primera

11 En el sentido de la patria potestad o tutela.

Instancia en lo Civil de su domicilio, cuando el curador no fuere el padre o la madre.

En primer lugar, se requiere que el adolescente, al igual que en el ámbito civil, esté emancipado. La norma, ante el principio de igualdad que debe existir en las situaciones de género, determina la posibilidad jurídica que sea de uno u otro sexo, en tal virtud, conforme a las reglas que establece el Código Civil, la mujer tendrá la aptitud de ejercer el comercio a partir de los 14 años y el hombre a partir de los 16, por supuesto, una vez emancipado.

En segundo lugar, la habilitación que establece la normativa en comento es aplicable tanto si el adolescente decide hacer del comercio su profesión habitual o si de manera eventual u ocasional realiza algún acto que es considerado por el artículo 3 o 4 del Código de Comercio de naturaleza mercantil.

En tercer lugar, la norma establece que para el ejercicio del comercio habitual u ocasional debe estar "autorizado por su curador". Ahora bien, si recordamos las normas que están dedicadas en el Código Civil a regular el régimen del emancipado, no se encuentra alguna que le establezca a éste un curador permanente, como sí ocurre en el régimen del "inhabilitado". El curador que establece el capítulo del Código Civil dedicado a esta institución, se da de manera ocasional, y sólo en casos específicos; es por ello que siempre se habla del nombramiento de un "curador especial", al que también se denomina curador "*ad hoc*".

Por ello debemos entender, que cuando el legislador hace mención a la "autorización por su curador", debería entenderse un curador nombrado especialmente para dar la respectiva autorización, pudiendo ser cualquiera de los progenitores que ejercería la patria potestad de no estar emancipado, caso en el cual *sólo* requerirá dicha autorización para ejercer el comercio habitual u ocasionalmente. Ahora bien, de no existir cualquiera de aquellos (padre o madre), debería nombrársele un curador especial –para el ejercicio del comercio y no para los actos netamente civiles-, quien otorgará dicha autorización aunado a la aprobación del Juez de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, conforme a la competencia que le es atribuida por el artículo 177 de la LOPNNA.

Para la mencionada aprobación, el juez debe tomar por escrito y bajo juramento los informes que creyere necesarios sobre su buena conducta y discreción, tal como se especifica en el primer aparte del artículo 11 del Código de Comercio.

La autorización, conforme el artículo 12 del mismo cuerpo normativo, debe cumplir con el requisito de publicidad que se da mediante su inscripción en la Oficina del Registro Público del domicilio del adolescente; en el Registro Mercantil y además se debe fijar por 6 meses en la Sala del Tribunal.

Esa autorización asimila al adolescente a un mayor de edad, en lo que a capacidad se refiere, pues puede con ella enajenar sus bienes inmuebles y comparecer en juicio, conforme lo estipula el artículo 12 del Código de Comercio.

Esa autorización, conforme lo estipula el artículo 14 del Código de Comercio puede ser revocada por el juez, que sería el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes del domicilio del adolescente con audiencia de éste, por medio de una decisión que se hará registrar y fijar. La respectiva revocación no podrá en alguna manera perjudicar derechos adquiridos por terceros antes de que hubiese operado dicha revocación con su respectiva publicidad a través del registro y fijación.

Como se observa, en el ámbito comercial, la capacidad negocial requiere de algo más que en el ámbito civil, cual es la intervención del órgano jurisdiccional en el otorgamiento de la autorización, caso tal, por supuesto, de ser el curador persona distinta a uno de sus progenitores.

Capítulo 15

La Patria Potestad. Generalidades[1]

SUMARIO

La Patria Potestad. I. Consideraciones generales. II. Definición. III. Titularidad y ejercicio de la patria potestad. IV. Privación y extinción de la patria potestad.

I. Consideraciones generales

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 76 consagra el deber que tienen los padres de forma conjunta de "criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos e hijas", deber constitucional que sirve de fundamento a buena parte de la patria potestad; la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescente (LOPNNA), en su artículo 5 señala que los padres "tienen deberes, responsabilidades y derechos compartidos, iguales e irrenunciables de criar, formar, educar, custodiar, vigilar, mantener y, asistir material, moral y afectivamente a sus hijos e hijas", funciones que se materializan en la patria potestad.

1 Rina Mazuera Arias. Profesora de la Universidad Católica del Táchira.
Correo electrónico: rmazuera @ucat.edu.ve.

El fundamento de estas obligaciones que recaen sobre los padres se encuentra en la filiación, no en la patria potestad ni en el matrimonio de los padres, de ahí que en el caso de nulidad del matrimonio, separación conyugal o divorcio, privación o extinción de la patria potestad, los deberes persisten y por ello no existe una exención en el cumplimiento de los mismos[2]. En ese sentido los hijos gozan de un conjunto de derechos: ser cuidados por sus padres, vivir en familia, mantener relaciones personales con ambos padres, mantener un nivel de vida adecuado y que permita su desarrollo integral[3]; derechos que se materializan con el ejercicio de la patria potestad, de ahí que no cesan en caso de conflictos entre sus progenitores.

II. Definición

La institución jurídica de la patria potestad consiste en el conjunto de deberes y derechos de los padres para con sus hijos[4]. De conformidad con el artículo 347 de la LOPNNA, se define como un conjunto de derechos-deberes que tienen los padres en relación con sus hijos mientras no cumplan la mayoría de edad y permanezcan solteros, cuya finalidad es el "cuidado, desarrollo y educación integral" de los mismos. La misma, comprende la responsabilidad de crianza, la representación de los hijos y la administración de los bienes del hijo; lo que implica dos grandes aspectos: el personal y el patrimonial.

La patria potestad es una institución que beneficia principalmente a los hijos, que procura garantizar los derechos que tienen los niños y niñas y en ese sentido Gómez Piedrahita indica que "las bases filosóficas sobre las cuales se edifica la institución de la patria potestad son el beneficio y la protección del menor y no el provecho personal de los padres"[5].

---

2 Francisco Rivero Hernández: "Artículo 92". *Matrimonio y divorcio*. Madrid. Civitas, 1994, p. 1.040 y ss.

3 Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, artículos 25, 26, 27 y 30.

4 En un sentido amplio se considera que la patria potestad es el conjunto de deberes y derechos entre padres e hijos. Ver María Sara Rodríguez Pinto: "Una relectura de la patria potestad como función tuitiva sobre la persona y bienes de los hijos". *Revista Ius et Praxis*, Año 16, Nº 1, Universidad de Talca, 2010, p. 63. Sin embargo, en el caso del derecho venezolano, la patria potestad no implica obligaciones para los hijos, sólo para los padres, la LOPNNA sólo contempla en su artículo 93, literal d, el deber de los hijos de honrar, respetar y obedecer a sus padres, sí las órdenes no violan sus derechos y garantías.

5 Hernán Gómez Piedrahita: *Derecho de familia*. Bogotá. Temis, 1992, p. 301.

III. Titularidad y ejercicio de la Patria Potestad

La titularidad de la patria potestad recae sobre ambos progenitores sin importar si el hijo ha nacido de un matrimonio, una unión estable de hecho o cualquier otra clase de relación, ni la oportunidad en que se establezca la filiación[6]. Los dos progenitores tendrán en principio el ejercicio de la responsabilidad de crianza, la representación y la administración del patrimonio de los hijos[7], lo que implica que el ejercicio es conjunto.

En el ejercicio de la patria potestad, de conformidad con el artículo 349 de la LOPNNA, los padres deben buscar el interés superior del hijo; en caso de desacuerdo entre los padres, deben decidir lo más conveniente para el hijo, considerando las situaciones anteriores que se hayan presentado, y si no es posible el común acuerdo entre los padres, ambos o uno sólo de ellos o el hijo (si es adolescente) puede acudir ante el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

El interés superior del niño, niña o adolescente es un principio de interpretación que debe considerarse siempre que se tome una decisión en relación a los hijos que se encuentran bajo la patria potestad. El principio busca garantizar el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. El legislador en el artículo 8 de la LOPNNA establece los criterios para determinar el interés superior. Sin embargo, en la práctica no es tan fácil, existen varias tendencias teóricas que tratan de ayudar a entender cuál es el interés del niño: una tendencia tradicional que define el interés por la perfecta educación, impuesta desde arriba (mayores: padres, abuelos, etcétera) sin considerar la voluntad del niño o adolescente; una tendencia con orientación psicoanalítica, que identifica el interés con los deseos y gustos del hijo; y una tendencia intermedia que trata de buscar un equilibrio entre la potestad del progenitor con las necesidades afectivas de los hijos[8].

---

6 Antes de la reforma de la Ley, en el caso de hijos que nacían de relaciones no matrimoniales, la regla era que el progenitor tenía la patria potestad si el reconocimiento lo hacía antes de los seis meses del nacimiento del hijo.

7 Rina Mazuera Arias: *La separación conyugal en derecho venezolano y español*. San Cristóbal. Sin Límite, 2010, p. 225.

8 Francisco Rivero Hernández: "Artículo 92". *Matrimonio…* op. cit., p. 1.018.

En ese sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, señala: que "el 'interés superior del niño" previsto en el artículo 8 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente viene a excluir y no a limitar la libertad individual de establecer y perseguir fines individuales, pues cuando se trata de la protección y cuidado de los niños se persiguen fines que van más allá de los personales.

Así, el interés individual es sustituido por un interés superior, que es el del niño, porque a las necesidades de éste subviene la tutela jurídica con la cual se obtiene el fin superior de la comunidad social"[9].

En el caso de una crisis matrimonial: separación, divorcio o nulidad matrimonial, el ejercicio en principio continúa siendo conjunto; sin embargo, existirán algunos cambios en lo relacionado al ejercicio de los contenidos de la responsabilidad de crianza, en particular en aquellos que se afectan al dejar los padres de vivir juntos. En el caso de que el divorcio o la separación conyugal se haya fundamentado en "el conato de uno de los cónyuges para corromper o prostituir al otro cónyuge, o a sus hijos, así como la connivencia en su corrupción o prostitución" o "la adicción alcohólica u otras formas graves de fármaco dependencia que hagan imposible la vida en común", se declarará la extinción de la patria potestad, el cónyuge incurso en la causal pierde la patria potestad[10].

IV. Privación y extinción de la Patria Potestad

Los padres en el ejercicio de la patria potestad pueden incurrir en una serie de conductas por acción u omisión en donde se atenta contra la finalidad de la institución, es decir, el desarrollo integral de los hijos. Cuando existen amenazas para el normal desarrollo de los hijos, el Estado debe intervenir e interesarse directamente por el ejercicio de la patria potestad y lo hace a través de la privación o extinción de la misma. Lo ideal es que los hijos solteros que no han alcanzado la mayoridad se encuentren

9 Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional Nº 1.687, 06/11/2008 http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Noviembre/1687-061108-08-0247.htm.

10 Sobre ese punto, el legislador en el parágrafo segundo del artículo 351 de la LOPNNA indica la extinción de la patria potestad, pero de conformidad con el artículo 352 son causales de privación de la patria potestad, lo que considero que es un error del legislador. Antes de la reforma de la Ley en el 2007, en el caso de divorcio o separación conyugal por las causales mencionadas se declaraba la privación más no la extinción. Ver comentarios sobre el punto en Rina Mazuera Arias: *La separación conyugal en derecho venezolano…* op. cit., p. 226.

bajo la patria potestad de sus progenitores, pero ante situaciones de peligro para los hijos, es mejor que el progenitor o los progenitores que incurren en las acciones u omisiones, dejen de ejercerla, ya sea temporal o permanentemente, según el caso.

En la privación de la patria potestad, el o los progenitores que incurran en algunas de las causales del artículo 352 de la LOPNNA, una vez que haya sido declarada por el Juez de Protección a solicitud de parte interesada (el otro progenitor cuya filiación se encuentre establecida legalmente y el Ministerio Público), deja de ejercerla temporalmente. La privación de la patria potestad implica una sanción que declara el juez para castigar a los progenitores que la ejercen indebidamente, causando daños a sus hijos, privación que consiste en una suspensión temporal del ejercicio[11]. Luego de dos años de que haya quedado firme la sentencia que declaró la privación, el progenitor puede solicitar al juez que se le restituya en el ejercicio. El juez la restituye, si el solicitante demuestra que ha cesado la causal o causales por las cuales se le privó de la patria potestad y sea conveniente la restitución, para ello debe oír las opiniones del hijo, del progenitor que ejerce la patria potestad y la de la persona que tenga la responsabilidad de crianza, según el caso.

En el caso de que el o los progenitores luego de la restitución incurran nuevamente en alguna o algunas de las causales de privación, y por ende exista reincidencia, la patria potestad se extingue, en ese caso no hay posibilidad de restitución, ya que la extinción es definitiva, lo que significa que el o los progenitores no vuelven a ejercer la patria potestad sobre su hijo. Es importante señalar que la extinción no es automática en caso de reincidencia, se requiere el pronunciamiento del juez. Las otras causales de extinción de la patria potestad son: la mayoridad del hijo, la emancipación del hijo, la muerte de uno o ambos progenitores y el consentimiento legal para la adopción del hijo, excepto cuando se adopta al hijo del otro cónyuge (artículo 356 de la LOPNNA). En los dos primeros supuestos desaparecen las condiciones para estar en patria potestad como son no haber alcanzado la mayoridad y ser soltero, en estos casos el hijo no pasa a otro régimen de representación.

11 Por ello, los motivos económicos nunca son causal suficiente de privación de la patria potestad, ver el artículo 354 de la LOPNNA.

En el caso de muerte de un progenitor se extingue la patria potestad en relación a ese progenitor, pero el hijo continúa bajo la patria potestad del otro progenitor, en el supuesto de que éste no exista o no pueda ejercer la patria potestad, el hijo será acogido por una familia sustituta.

Capítulo 16

La Patria Potestad. Responsabilidad de crianza[1]

SUMARIO

I. La responsabilidad de crianza. Contenido. II. La custodia. III. Ejercicio. IV. Revisión y modificación de la responsabilidad de crianza. V. Obligación de manutención. Concepto. VI. Subsidiaridad. VII. Contenido. VIII. Características. IX. Determinación y cumplimiento. X. Extinción y extensión. XI. Convivencia familiar. Contenido. XII. Naturaleza jurídica. XIII. Características. XIV. Fijación y extensión del régimen de convivencia familiar. XV. Responsabilidades que asume el titular del derecho de convivencia familiar. XVI. Ejercicio del derecho de convivencia: El ejercicio del derecho de convivencia y la buena fe. Abuso del derecho de convivencia y retención. XVII. Autorizaciones para viajar.

I. La Responsabilidad de crianza. Contenido

Con la reforma de la Ley Orgánica para la Protección de Niños y Adolescentes (LOPNA) de 2007, ahora Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA), el atributo de la guarda es sustituido por el de responsabilidad de crianza, pero además de cambiarse el término el contenido se amplia. El artículo 358 de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA) consagra:

> "La Responsabilidad de Crianza comprende el deber y derecho compartido, igual e irrenunciable del padre y de la madre de amar, criar, formar, educar, custodiar, vigilar, mantener y asistir material, moral y afectivamente a sus hijos e hijas, así como la facultad de aplicar correctivos adecuados que no vulneren su dignidad, derechos,

1 Rina Mazuera Arias. Profesora de la Universidad Católica del Táchira.
Correo electrónico: rmazuera@ucat.edu.ve.

> garantías o desarrollo integral. En consecuencia, se prohíbe cualquier tipo de correctivos físicos, de violencia psicológica o de trato humillante en perjuicio de los niños, niñas y adolescentes".

Dentro de los atributos de la patria potestad, la responsabilidad de crianza es el más importante, ya que gira alrededor de la vida personal del hijo, comprende cuidado, amor, cariño, comprensión, vigilancia, corrección, manutención, vivienda, vestido, recreación, responsabilidad, significa vivir con el hijo.

II. La Custodia

Dentro de los contenidos de la responsabilidad de crianza se hace distinción con el ejercicio de la custodia, que comporta la convivencia con el hijo.

Existen diferentes tipos de custodia[2]:

a. Custodia exclusiva: significa que el hijo vive con un solo progenitor y el otro tiene el resto de contenido de la responsabilidad de crianza y el régimen de convivencia familiar.

b. Custodia alternada: significa que cada progenitor tiene la custodia del hijo durante un lapso determinado y durante el tiempo que no tiene la custodia ejerce el resto de contenidos de la responsabilidad de crianza y el régimen de convivencia familiar.

c. Custodia conjunta o compartida: significa que ambos progenitores mantienen la responsabilidad y la autoridad en relación con el cuidado y control del niño, como si los progenitores vivieran juntos. El progenitor con el que el niño o adolescente reside en cada momento debe tomar las decisiones sobre la vida diaria.

2 Comparto la clasificación de la custodia hecha por varios autores como María José Catalán: "La custodia compartida: concepto, extensión y bondad de su puesta en escena. Debate entre psicología y derecho", en *Anuario de Psicología Jurídica*. Volumen 17. Año 2007, pp. 134-136.

Existen dos tipos de modalidades:

- Lapsos de convivencia igualitaria, en los que se divide el tiempo del hijo con cada uno de los progenitores por lapsos similares considerando las circunstancias en particular.

- Libre convivencia con el progenitor que no tiene la custodia por un lapso determinado, teniendo una relación amplia con el mismo sin limitaciones.

En relación a la custodia conjunta o alternada existen tanto dificultades como beneficios.

Son dificultades:

- En la dimensión social: la percepción de la cuestión por la sociedad, como algo difícil de llevar en la práctica.

- En la dimensión psicológica:

  - Puede afectar negativamente la estabilidad física y emocional del menor, debido al cambio periódico del domicilio.

  - El establecimiento y funcionamiento de la custodia alternada exige la concurrencia de un elevado número de presupuestos materiales.

  - Aumenta el riesgo de que uno de los progenitores utilice la solicitud de custodia alterna como elemento de presión sobre el otro en el juicio.

Son beneficios en la dimensión psicológica:

- Contribuye a garantizar el derecho de los hijos a continuar contando afectiva y materialmente con los padres.

- Reduce el fracaso escolar y la eventual carencia de afectividad.

- Posibilita que los hijos aprendan modelos solidarios en la relación entre ex-esposos. Tienen una actitud más positiva en sus futuras relaciones de pareja como adultos.

- Favorece la asunción compartida de responsabilidades entre los progenitores separados.

- Reduce la conflictividad del proceso de separación y divorcio.

- Facilita una mayor satisfacción de los progenitores, que redunda en los hijos.

- El padre se integra en la educación y desarrollo de los hijos.

De conformidad con la LOPNNA, en caso de separación, divorcio o nulidad, uno de los progenitores ejercerá la custodia (exclusiva), pero los dos tendrán los demás contenidos de la responsabilidad de crianza. Los padres al separarse legalmente, deciden de común acuerdo, quién ejercerá la custodia de los hijos. En el caso de no existir acuerdo, el juez decidirá quién tendrá la custodia; los hijos que tengan siete años o menos vivirán con la madre[3], a menos que ella no tuviese el ejercicio o la titularidad de la patria potestad, por haber sido privada de ella o perderla definitivamente, o porque no sea lo más conveniente para el hijo.

En ese sentido, el Tribunal Supremo de Justicia, ha señalado que: "el criterio relativo a la atribución materna al cual se hizo referencia con anterioridad, se ha venido cuestionando, exponiendo la doctrina, que tal norma no se ajusta a la nueva dinámica de la familia nuclear, en la cual se ha empezado a desdibujar la atribución exclusiva de roles masculinos y femeninos, como en tiempos pasados, donde el padre era sólo el proveedor y la madre reservada al rol del liderazgo expresivo, afectivo e integrador de la familia, por cuanto en los actuales momentos los comportamientos dentro del seno familiar no dependen necesariamente del género. Es así

3 La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra la igualdad de todas las personas, prohibiendo la discriminación en virtud del sexo, edad, religión, condición social, raza, y aún así se establece el trato desigual o de preferencia para la madre en el caso de los hijos menores de siete años. Antes en España la guarda de los menores de siete años se le daba a la madre pero con la reforma ley 11/1990 de 15 de octubre, con fundamento en el principio de la no discriminación se suprimió la preferencia en la atribución de la madre.

que, se ha venido sosteniendo en forma acertada, que la interpretación que debe dársele a la norma que establece la preferencia materna para otorgar la guarda a los hijos menores de siete años, es de orden funcional, por lo que se debe considerar que la preferencia está dada a la persona que venga ejerciendo el rol que tradicionalmente se ha adjudicado a la madre, el cual muy bien pudiese estar siendo ejercido por el padre (…)"[4].

Lo ideal para un hijo es estar con sus padres, de ahí que la decisión que otorga la custodia a un progenitor en virtud de la decisión judicial no es permanente e inmodificable, pues el interés del hijo varía y por ende esas decisiones son objeto de múltiples modificaciones dependiendo del caso particular.

En relación a la custodia conjunta o compartida con la reforma de la LOPNNA en 2007 se establece en el artículo 359 que: "(…) Excepcionalmente, se podrá convenir la custodia compartida cuando fuere conveniente al interés del hijo o hija"[5].

III. Ejercicio

En un contexto donde los padres mantienen una relación afectiva que implica una convivencia, es claro que ambos ejercen la responsabilidad de crianza; el problema se presenta cuando se separan o simplemente no viven juntos. El legislador establece en estos casos el ejercicio conjunto de la responsabilidad de crianza, situación que no ocurría antes, porque la guarda era ejercida por un solo progenitor en estos casos. El nuevo artículo 359 establece:

> "El padre y la madre que ejerzan la Patria Potestad tienen el deber compartido, igual e irrenunciable de ejercer la Responsabilidad de Crianza de sus hijos o hijas, y son responsables civil, administrativa y penalmente por su inadecuado cumplimiento. En caso de divorcio, separación de cuerpos, nulidad de matrimonio o de residencias

4 Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Exp: 09-0082, 23/07/2009.

5 En la práctica, considero que nuestro legislador asumió la responsabilidad de crianza como una custodia compartida, ya que consagra que aún cuando un solo progenitor viva con el hijo, el otro debe y puede seguir en contacto con su hijo, darle afecto, corregirlo, vigilarlo, orientarlo, asistirlo, para que no se convierta en un extraño en la vida del hijo.

separadas, todos los contenidos de la Responsabilidad de Crianza seguirá siendo ejercida conjuntamente por el padre y la madre".

El problema se puede presentar en la práctica, cuando los padres traten de ejercer de común acuerdo la responsabilidad de crianza si entre ellos no existe una relación cordial debido a la crisis matrimonial o de pareja que hayan vivido.

LINACERO DE LA FUENTE señala que existen dos formas de actuar en el ejercicio de la patria potestad: una, que consiste en los actos del ejercicio ordinario, normal de la patria potestad, que puede realizarlo unilateralmente un progenitor, y que se considera que lo hace por tener el consentimiento del otro; dos, las actuaciones extraordinarias en la patria potestad, que corresponde a ambos progenitores. Con base en ello si la custodia es otorgada a un solo progenitor hay que diferenciar: primero, ambos progenitores deciden los asuntos importantes del hijo, el estudio, religión, operaciones, orientación profesional, otros, por ejercer ambos la responsabilidad de crianza; segundo, el custodio por razones cotidianas decidirá lo relativo al día a día, es decir, horarios, comidas, sueño, aseo, otros; tercero, las decisiones que le corresponde al hijo al tener cierta edad[6].

Dentro de éstas actuaciones debe incluirse el poder de corrección que tienen los padres para con sus hijos menores de edad. Al ser un contenido de la responsabilidad de crianza, su ejercicio corresponde a ambos progenitores, no sólo a quién tenga la custodia en caso de que los padres no vivan juntos. La corrección debe ser moderada con la edad y la situación sin caer en ningún momento en maltrato verbal o físico, pues un derecho de todo niño, niña y adolescente es el derecho al buen trato regulado directamente en la LOPNNA.

IV. REVISIÓN Y MODIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE CRIANZA

De conformidad con los artículos 361 y 362 de la LOPNNA, las decisiones que se hayan tomado en relación a la responsabilidad de crianza pueden ser revisadas y modificadas por el juez, considerando el interés superior del niño y del adolescente, la opinión del niño y del adolescente

6 MARÍA LINACERO DE LA FUENTE: "Leyes de familia y constitución: Ley 13/2005, de 1 de julio y Ley 15/2005, de 8 de julio", en *Revista de derecho privado*, marzo-abril 2006, pp. 58 - 60.

y la opinión del Ministerio Público. La solicitud de modificación puede presentarla el hijo adolescente, el progenitor o el Ministerio Público.

En el caso de que el progenitor que no tiene la custodia no cumpla con su obligación de manutención, no se le puede otorgar la misma. Si la custodia es compartida y no cumple con la obligación de manutención se modifica la decisión y la pierde, en estos casos el legislador consagra la privación de la responsabilidad de crianza. En la práctica las decisiones que se adoptan en materia de responsabilidad de crianza son relativas a la custodia, los otros contenidos corresponden por regla a los dos progenitores, salvo la excepción referida.

V. Obligación de manutención. Concepto

La obligación de manutención, en general, como toda obligación es un vínculo jurídico que une a dos sujetos, en donde uno tiene el derecho de exigir el cumplimiento de una prestación y el otro tiene el deber de cumplirla. En concreto, la obligación de manutención es una obligación legal, efecto de la filiación y consecuencia del deber constitucional de mantener y asistir a los hijos que recae sobre los padres respecto a sus hijos solteros que no han alcanzado la mayoría de edad, por lo que no interesa la manifestación de voluntad del obligado. Al ser una obligación legal los padres no se liberan de la misma en el caso de privación o extinción de la patria potestad.

VI. Subsidiaridad

En el supuesto de que los padres no existan o no puedan materializar la obligación, de manera subsidiaria, los hermanos mayores, los ascendientes y los parientes colaterales hasta el tercer grado del niño o adolescente deben cumplirla. Igualmente la obligación puede recaer sobre la persona que ejerza según el caso la responsabilidad de crianza (artículos 366, 368 de la LOPNNA).

Por otra parte, el artículo 285 del Código Civil, señala que: "La obligación de alimentos recae sobre los descendientes, por orden de proximidad; después sobre los ascendientes y, a falta de uno y otros, se extiende a los hermanos y hermanas (…)"

En relación con la obligación de manutención de los niños y adolescentes, se aplica la LOPNNA, ya que el artículo 285 del Código Civil es una norma general, de manera que el orden correcto es primero los hermanos, luego los ascendientes y después los parientes colaterales[7]. En ese sentido debe articularse la norma anterior con el orden que se establece en la LOPNNA.

VII. Contenido

De conformidad con el artículo 365 de la LOPNNA, la obligación de manutención comprende: "todo lo relativo al sustento, vestido, habitación, educación, cultura, asistencia y atención médica, medicinas, recreación y deportes, requeridos por el niño, niña y adolescente". Esta enumeración por muy amplia que parezca no es taxativa, sólo enunciativa, de manera que no excluye cualquier otra necesidad que pueda tener el hijo.

VIII. Características

La obligación de manutención es:

- Legal: surge al ocurrir los supuestos establecidos en la ley con independencia de la voluntad del obligado y el beneficiario.

- Personal: el derecho a reclamarla como la obligación a prestarla es propia de la persona del acreedor y del deudor, dada su condición de hijo y de progenitor.

- Indisponible: no se puede crear, modificar, transmitir ni extinguir por la voluntad del beneficiario o del obligado, ni por el convenio de ambos. Por ende es intransmisible, irrenunciable. No interviene el principio de la autonomía de la voluntad.

- Variable: busca satisfacer las necesidades del hijo, necesidades que pueden ir cambiando con el tiempo, de ahí que la cuantía de la obligación sea susceptible de modificación.

7 Peñaranda considera que las dos disposiciones legales deben articularse y el orden sería primero los ascendientes y luego los hermanos mayores de edad. Héctor Peñaranda: *Derecho de familia.* Maracaibo. Universidad del Zulia, 2010, p. 111.

- Un crédito privilegiado, y tiene preferencia sobre los demás créditos privilegiados.

IX. Determinación y cumplimiento de la obligación de manutención

Para fijar el monto de la obligación de manutención el juez debe considerar: las necesidades y el interés del niño, niña o adolescente; la capacidad económica del obligado; el principio de unidad de filiación[8]; la equidad de género en las relaciones familiares y el reconocimiento del trabajo del hogar como actividad económica que genera valor agregado y produce riqueza y bienestar social. Los tres últimos elementos fueron incorporados en la reforma de la LOPNNA de 2007.

El monto de la obligación se fija en bolívares y se considera como referencia el salario mínimo; puede preverse el aumento automático del monto, el cual procede cuando exista prueba de que el obligado u obligada de manutención recibirá un incremento de sus ingresos (artículo 369 de la LOPNNA). Antes de la reforma del 2007 de la LOPNNA, debía preverse el aumento de manera automática, ya que las necesidades del hijo aumentan con su desarrollo y no se limitaba su procedencia en caso de aumento de la capacidad económica del obligado.

La necesidad de actualización de la obligación de manutención viene dada por la continua erosión del poder adquisitivo, la inflación, la devaluación de la moneda, por esas razones al fijarse la cuantía debe disponerse la revisión anual a tenor de los índices de precios, para evitar las revisiones periódicas, en detrimento de los interesados; situación que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, en donde el juez puede además, en una cláusula de estilo, considerando la edad de los hijos y su crecimiento con el transcurso del tiempo determinar un incremento paralelo de los gastos para su mantenimiento, incremento en porcentajes anuales[9].

---

8 El principio de unidad de filiación significa que los hijos nacidos fuera del matrimonio una vez establecida la filiación tienen los mismos derechos que los hijos nacidos dentro del matrimonio, no hay distinción entre los hijos. Artículo 234 del Código Civil.

9 Francisco Rivero Hernández: "Artículo 93". *Matrimonio y divorcio*. Madrid. Civitas, 1994, p. 1.063.

El pago de la obligación de manutención debe realizarse por adelantado y no puede pedirse la devolución del monto que se ha pagado pero no se consume por haber muerto el niño, niña o adolescente. El atraso injustificado en el pago ocasiona intereses calculados al doce por ciento anual (artículo 374 de la LOPNNA).

En relación con las formas de hacer efectivos los alimentos ante la posibilidad de que el deudor pueda sustituir la entrega de la cantidad periódica por la entrega de un capital, la constitución de un usufructo o de renta, algunos autores consideran que no puede hacerse la sustitución por varias razones: los alimentos son obligaciones temporales, mientras dure la patria potestad o las necesidades del hijo, y tienen un contenido variable, al aumentar las necesidades del hijo, o variar la capacidad económica del obligado[10]. Una cosa es que puedan establecerse medidas para asegurar el cumplimiento cuando sea necesaria, pero otra es sustituir el pago periódico por una forma distinta de cumplimiento, cuestión que en Venezuela de manera excepcional es posible.

De conformidad con el artículo 382 de la LOPNNA, se prevé la posibilidad de solicitar el obligado la constitución de un usufructo sobre uno de sus bienes, libre de toda carga, para que el hijo a través de él, obtenga el monto que requiere para su manutención; o si lo prefiere puede designar a su hijo como beneficiario de los intereses que obtenga un capital determinado[11]. El juez autorizará la solicitud oída la opinión del Ministerio Público y siempre que resulte manifiestamente favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.

X. Extinción y extensión de la obligación de manutención

El fundamento de la obligación de manutención de los padres hacia los hijos, en convivencia familiar normal o en crisis matrimonial

10 Roca Trías: "De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio", en *Comentarios a las reformas del derecho de familia*. Madrid. Tecnos, 1984, p. 586 y ss.

11 Situación que en la práctica no protege al hijo, ya que si hay peligro de que el hijo reciba la obligación de manutención no es factible en la práctica que el deudor solicite la constitución de una de las opciones que consagra el legislador. O aún sin existir peligro es menos riesgoso para el hijo nombrarlo como beneficiario de uno de esos derechos y así evitar la posibilidad de que en el futuro si el progenitor forma otra familia, no cumpla su obligación. Resulta lamentable no haber aprovechado la reforma, para establecer como una facultad del juez a solicitud de la parte afectada (el hijo), el autorizar la constitución de usufructo o el beneficio de los intereses.

o de la pareja, deriva de la filiación, no de la patria potestad, de ahí que aún los padres privados de la patria potestad no se liberan de la obligación.

De conformidad con el artículo 383 de la LOPNNA, la obligación de manutención se extingue por varias causas:

- Por la muerte del hijo beneficiario o la muerte de la persona obligada.

- Por haber alcanzado la mayoridad el hijo, es decir, haber cumplido dieciocho años de edad. Sin embargo, en ese caso hay dos excepciones en las que la obligación de manutención se extiende luego de la mayoridad del hijo.

La Constitución establece, en su artículo 76 el deber de los padres de asistir a sus hijos sin hacer distinción de su edad, ese deber de asistencia se cumple durante la minoridad con la patria potestad y la obligación de manutención y en el caso de los hijos mayores con la obligación de alimentos en general, y en este caso en particular con la extensión de la obligación de manutención establecida en la LOPNNA. La extensión de la obligación se daría en dos casos:

- Que el hijo padezca discapacidades físicas o mentales que le imposibiliten proveer su propio sustento;

- Que el hijo curse estudios que, por su naturaleza, le impidan realizar trabajos remunerados. En ese caso, puede extenderse hasta los veinticinco años de edad, previa aprobación judicial.

En España de conformidad con el artículo 93 del Código Civil, el hijo emancipado o mayor de edad que carezca de recursos propios y convive en el domicilio conyugal, tiene derecho a los alimentos.

En el supuesto de los hijos que viven con sus padres aún al haber finalizado legalmente la patria potestad, pero que continúan en la práctica bajo el cuidado y protección de sus padres, siguen obteniendo los

recursos económicos para satisfacer parte de sus necesidades. Ante una crisis matrimonial, y si el hijo ya alcanzó la mayoría de edad se extingue la patria potestad y por ende la obligación de manutención por regla, pero el progenitor que continúa viviendo con el hijo si tiene las posibilidades procurará continuar cubriendo parte de esas necesidades, situación que produce un desequilibrio económico entre los padres, de ahí que debería establecerse la extensión de la obligación de manutención hasta una edad que permita al hijo satisfacer sus necesidades directamente como regla y no de manera excepcional[12].

XI. Derecho de convivencia familiar. Concepto

Antes de la reforma de la LOPNNA en el 2007, el derecho de convivencia familiar se denominaba derecho de visita, como ocurre en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. El derecho de visita o de convivencia familiar ha sido considerado como un conjunto de facultades para relacionarse entre sí, padres e hijos, en situaciones que dificultan la convivencia entre ellos, debido a la crisis matrimonial o a la ruptura de la unión de hecho, en fin cuando no pueden desarrollarse de forma normal por la falta de convivencia. Se pretende con esto fomentar las relaciones humanas y afectivas entre padres e hijos, de manera que el padre que no habite con el hijo tenga contacto habitual y así evitar que en el futuro se convierta en un extraño para el hijo.

Para poder impulsar las relaciones afectivas entre el progenitor que no tiene la custodia y el hijo, el derecho de convivencia familiar puede consistir en una visita en el sentido propio de la palabra, en una estancia o en comunicaciones; de conformidad con el artículo 386 de la LOPNNA, la convivencia familiar puede comprender:

> "no sólo el acceso a la residencia del niño, niña o adolescente, sino también la posibilidad de conducirlo a un lugar distinto al de su residencia, si se autorizare especialmente para ello al interesado o interesada en la convivencia familiar. Asimismo, pueden comprender cualquier otra forma de contacto entre el niño, niña o adolescente y la persona a quien se le acuerda la convivencia familiar, tales como: comunicaciones telefónicas, telegráficas, epistolares y computarizadas".

12 Héctor Peñaranda: *Derecho de familia…* op. cit., pp. 103 - 104.

El fundamento del derecho de convivencia se encuentra en el derecho que tiene todo niño a mantener relaciones personales y contacto directo en forma regular y permanente con ambos progenitores, aún cuando éstos se encuentren separados, de conformidad con lo establecido en el artículo 27 de la LOPNNA, en concordancia con lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño (20 de noviembre de 1989), en su artículo 9 numeral 3 que señala: "Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño" y el artículo 18 *ejusdem*.

XII. Naturaleza Jurídica

Se han discutido en la doctrina diversas teorías que tratan de determinar la naturaleza jurídica del derecho de visita, la doctrina mayoritaria ha coincidido que es un derecho-función, que no sirve exclusivamente al interés del titular (progenitor que lo ejerce), sino primordialmente sirve en beneficio de los hijos, y es al mismo tiempo un deber ético. Las actuaciones del beneficiario son funcionales, sólo pueden ser ejercidas en mira de la realización del fin que es fundamento de su concesión. Si el fin o el desarrollo de las relaciones se apartan del interés del hijo, puede ser modificado, suspendido o alterado, pues se concede con el fin de favorecer las relaciones humanas y afectivas entre el titular y el hijo[13].

XIII. Características

- Es un derecho relativo: considerando las personas y las circunstancias, en ese sentido un mismo hecho ante personas distintas no conceden un derecho de convivencia igual, dependerá de cada persona en particular.

- Es un derecho subordinado: al interés del hijo, es en beneficio del hijo.

13 Francisco Rivero Hernández: "Artículo 94". *Matrimonio y divorcio.* Madrid. Civitas, 1994, pp. 1.089 - 1.090.

- No se afecta: por el motivo de la crisis matrimonial o la no convivencia de los padres. Independientemente del motivo o de la culpabilidad de uno de los progenitores en la separación subsiste el derecho de convivencia familiar.

- Es un derecho personalísimo: por cuanto su finalidad es fomentar las relaciones afectivas entre progenitor e hijo, en ese sentido cuando se ejerce debe hacerse personalmente.

- Es un derecho indisponible: y por ende es inalienable, el derecho de convivencia se constituye en un derecho-deber, en donde el titular no es sólo el progenitor sino el hijo, de manera que no se puede transmitir a otra persona.

- Es irrenunciable: ni el progenitor ni el hijo pueden renunciar al derecho de convivencia, y cualquier manifestación de voluntad al respecto no tendría ningún efecto.

- Es imprescriptible: el progenitor no pierde el derecho de mantener relaciones afectivas con su hijo por el transcurso del tiempo. Si el régimen se ha establecido y el progenitor no ha mantenido o procurado fomentar las relaciones o como mínimo mantener las relaciones con el hijo tampoco lo pierde, ya que en ese caso se perjudicaría más al hijo, quien es la persona que requiere más afecto y dedicación.

XIV. Fijación y extensión del régimen de convivencia familiar

De conformidad con el artículo 387 de la LOPNNA, el régimen de convivencia familiar se establece de común acuerdo entre los padres, con intervención del hijo. En caso de desacuerdo entre los padres, cualquiera de ellos o el hijo adolescente puede solicitar al juez que fije el régimen de convivencia, considerándose el interés superior del niño o adolescente en la decisión que adopte el órgano jurisdiccional. Las decisiones que se dicten al respecto son modificables cada vez que se considere necesario para el bienestar el hijo.

En la audiencia preliminar, luego de haberse solicitado la fijación del régimen de convivencia familiar, el juez establecerá un régimen provisional salvo que existan fundados indicios de amenazas o violaciones en contra del derecho a la vida, la salud o la integridad personal del niño o adolescente, caso en el cual fijará un régimen de convivencia familiar provisional supervisado.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia[14], ha señalado que:

> "El régimen de convivencia familiar supervisado tiene como finalidad que se garantice a los niños, niñas o adolescentes el mantenimiento de relaciones personales y el contacto directo con el padre o madre que no ejerza la custodia, sus parientes por consanguinidad o afinidad, o una tercera persona, que se vinculen con ellos, en un ambiente de seguridad que brinde protección adecuada ante circunstancias excepcionales".

La sentencia anterior, continúa señalando que de conformidad con el artículo 387 de la LOPNNA, se desprende que:

> "el régimen de convivencia familiar supervisado se rige por los principios de excepcionalidad y provisionalidad en consonancia con el principio de mínima intervención del Estado, que justifica su intervención en las relaciones familiares sólo en forma excepcional y provisional, durante el tiempo más breve posible y únicamente cuando existan fundados indicios de amenazas o violaciones en contra de tres derechos en concreto: la vida, la salud y la integridad personal".

En caso de que las amenazas o violaciones sean graves y existan pruebas suficientes en el procedimiento, el juez no fijará el régimen de convivencia familiar provisional.

Por otra parte, el derecho de convivencia familiar puede extenderse a aquellos parientes por consanguinidad, por afinidad, responsables del niño o adolescente o terceros que hayan mantenido relaciones y

14 Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, a los diecisiete días del mes de diciembre de dos mil nueve. http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/diciembre/1739-171209-2009-08-1039.html

contacto directo permanente con el niño o adolescente, que lo soliciten. El juez considera el interés superior del niño o adolescente para decidir la extensión del derecho (artículo 388 de la LOPNNA).

XV. Responsabilidades que asume el titular del derecho de convivencia familiar

El derecho de convivencia como función implica una serie de deberes durante su ejercicio, como el de alimentar al hijo, darle vivienda, vestido, recreación, afecto, vigilarlo mientras el hijo se encuentre con él, sobretodo en el caso de que se trate de una estancia, una visita prolongada. En el supuesto de que ocurran situaciones no comunes, como por ejemplo que el niño o adolescente cometa un hecho que ocasione daño, habría que preguntarse ¿quién se encarga, quién responde por ese daño?.

El Código Civil en su artículo 1.190 establece la responsabilidad que tienen los padres por el hecho de los hijos que tengan bajo su guarda (hoy en día custodia), pues el fundamento de esa clase de responsabilidad civil por hecho ajeno se encuentra en la culpa *in vigilando*, ya que los padres en ejercicio de la custodia deben vigilar a sus hijos, en el caso de que el daño se cometa durante el tiempo que el progenitor ejerce su derecho de relacionarse con su hijo, debe responder el titular del derecho de convivencia, debido a que durante ese tiempo también debe vigilar al hijo[15].

XVI. Ejercicio del derecho de convivencia

El ejercicio del derecho de convivencia y la buena fe

Por la naturaleza y la razón del derecho de visita en otros ordenamientos jurídicos o del derecho de convivencia en el nuestro, los progenitores, el que ejerce el derecho y el que facilita la relación personal deben actuar de buena fe, deben procurar no discutir frente al hijo y ceder en lo que sea necesario para que la materialización del régimen de convivencia sea lo menos traumático posible, sino todo lo contrario, sea una ocasión de alegría para el hijo. Por ello, cada uno debe abstenerse de hablar mal del otro progenitor frente al hijo, deben desprenderse de sus

15 Francisco Rivero Hernández: "Artículo 94"… op. cit, p. 1.100 y ss.

intereses personales y los sentimientos que estén viviendo o hayan vivido debido a la crisis matrimonial o de la pareja.

Relacionado con el ejercicio del derecho y la buena fe, debe existir por parte del progenitor que ejerce la custodia una conducta que permita el normal desenvolviendo y ejercicio del derecho, sin establecer obstáculos que impidan el disfrute efectivo del derecho del niño o adolescente a mantener relaciones y contacto directo con su padre o madre. En caso contrario, incumple el régimen de convivencia familiar y puede ser privado de la custodia (artículo 389-A de la LOPNNA).

Abuso del derecho de convivencia y retención

Quien en ejercicio del derecho de convivencia familiar busca influir negativamente en el niño o adolescente sobre su afecto o relación con el progenitor que ejerza la custodia, o por otro lado no le dedica el tiempo que se requiere para mantener y fomentar la relación afectiva, abusa del derecho, porque su finalidad es procurar el afecto entre los beneficiarios. Si en el ejercicio, el titular se retrasa en entregar al hijo al progenitor que tiene la custodia (en el caso de un régimen establecido por horas, días) en el lapso establecido de común acuerdo o por el juez, incurre también en retraso, y existe un abuso del derecho.

En el supuesto de no entregar al hijo, no existe un retraso, existe es retención; en ese caso el progenitor será conminado judicialmente a la restitución del hijo a la persona que tiene la custodia, y en ese supuesto debe responder por los daños y perjuicios que haya ocasionado al hijo, debiendo además reintegrar todos los gastos, en los que se haya incurrido para obtener la restitución (artículo 390 de la LOPNNA).

La retención puede ser nacional o internacional; es internacional cuando el progenitor que tiene el derecho de custodia o de convivencia familiar, extrae al niño o adolescente del lugar de residencia habitual para trasladarlo a otro país. En el caso de la sustracción internacional, se estará por lo general en presencia de una familia integrada por unos padres de diferente nacionalidad, cultura, religión, que por cualquier razón residen en estados diferentes a los de su nacionalidad, por lo que a mayor "internacionalidad" del núcleo familiar mayor será el riesgo de una

sustracción internacional, en el caso de conflictos familiares, en donde un progenitor ejerza la custodia y el otro tenga el derecho de convivencia familiar[16]. Aún cuando no es materia de estudio del presente manual, es importante señalar que en el caso de verificarse una sustracción internacional existen los mecanismos internacionales para actuar en la restitución del menor, y así lograr el retorno del hijo con el progenitor que ejerce la custodia; en ese sentido el Convenio de La Haya 1980 busca garantizar la restitución inmediata del menor y que los Estados adopten las medidas de urgencias que sean necesarias para cumplir el objetivo.

XVII. AUTORIZACIONES PARA VIAJAR

Los niños y adolescentes pueden viajar con ambos progenitores, con uno de ellos, con terceros o solos. Dependiendo de la situación debe tenerse autorización. En ese sentido, el legislador establece en los artículos 391 y 392 de la LOPNNA que los niños y adolescentes pueden viajar libremente con uno o ambos progenitores dentro del territorio nacional, en caso de que viajen solos o con terceras personas requieren la autorización de su representante legal expedida por la autoridad competente o en documento autenticado. En caso de viajes para el exterior, cuando el niño o adolescente viaja con uno solo de los progenitores, se requiere la autorización del otro progenitor[17]; en caso de que viaje solo o con terceras personas se requiere la autorización de ambos progenitores.

16 PILAR MAESTRE CASAS: "Sustracción y restitución internacional de menores", en *Nuevos conflictos del derecho de familia*. Madrid. La Ley, 2009, p. 500 y ss.

17 En caso de que los padres vivan separados, cualquiera de los dos pueden pretender impedir que el otro progenitor mantenga contacto con el hijo e intentar sacarlo del país, para evitar en ese sentido la retención como se señaló anteriormente, se requiere la autorización del otro progenitor en los viajes para el exterior. Por supuesto que la autorización no evita siempre la retención internacional, pues puede el progenitor evadir los controles migratorios.

Capítulo 17

Patria Potestad: la representación del menor y la administración de sus bienes[1]

SUMARIO

I. La representación de los hijos. Concepto. II. Titularidad. III. Extensión del poder de representación. IV. La administración de los bienes del hijo. Concepto. V. Titularidad. VI. Actos que pueden realizar los padres en el ejercicio del poder de administración: Clasificación de los actos. Facultades de los padres. Autorización judicial. VII. Actos prohibidos por la ley en la administración de los bienes del hijo. VIII. Bienes del hijo no sujetos a la administración de los padres. IX. Responsabilidad de los padres por la administración de los bienes de los hijos.

I. Representación del hijo sometido a Patria Potestad. Concepto

Los niños y adolescentes solteros tienen una incapacidad negocial que les imposibilita realizar directamente negocios jurídicos; debido a ello, necesitan un representante que pueda realizar en nombre y en beneficio de ellos, toda clase de negocios jurídicos, aunque existen algunas excepciones. Esa representación recae por ley sobre sus padres quienes se convierten en representantes legales de sus hijos sometidos a patria potestad.

Por tanto el poder de representación es la facultad que tienen los padres para realizar actos jurídicos en nombre y beneficio de sus hijos.

1 Rina Mazuera Arias. Profesora de la Universidad Católica del Táchira.
Correo electrónico: rmazuera @ucat.edu.ve

II. Titularidad

La regla, de conformidad con el artículo 267 del Código Civil es que los padres que ejercen la patria potestad representan a sus hijos que no han alcanzado la mayoridad y los aún simplemente concebidos.

Sin embargo, existen situaciones establecidas en la ley en las que ese poder de representación no recae sobre ambos padres ni siquiera en uno de ellos:

1. El juez puede acordar que la administración de todo o de determinados bienes y la representación de todos o determinados intereses del hijo recaigan sobre uno solo de los padres, a solicitud de este, oída la opinión del otro progenitor y siempre que convenga a los intereses del hijo (artículo 267 del Código Civil).

2. Si ambos padres o el que ejerza la patria potestad no quiere o no puede aceptar una herencia, legado o donación para el hijo, debe manifestárselo al tribunal, para que de oficio, o a solicitud del hijo, de un familiar o del Ministerio Público el tribunal autorice la aceptación, en ese caso se designa un curador especial que representará al niño o adolescente (artículo 268 del Código Civil).

3. Cuando hay oposición de intereses entre el hijo y los padres, el juez nombra un curador especial para que represente al hijo. Si la oposición de intereses es entre los hijos y un progenitor, el otro tendrá la representación. Ahora, si la oposición de intereses es entre los hijos el juez nombrará un curador especial para cada grupo de intereses, ello para evitar que los padres favorezcan a un grupo de hijos en perjuicio del otro (artículo 270 del Código Civil).

4. Cuando se compruebe la mala administración de los bienes del hijo por parte de los padres o de uno de ellos, el juez puede conferir la administración a uno de ellos o a un curador especial, en ese caso tendrá también la

representación (artículo 275 del Código Civil). Ello debido a que la representación legal se refiere en parte a los negocios judiciales y extrajudiciales relativos a los bienes del hijo que administran los padres; y si no hay bienes que administrar, este derecho del padre o madre comprende solamente una función tuitiva, no propiamente representativa, que se asimila al deber de cuidar del hijo[2].

5. Si uno de los padres es menor de edad, está sometido a inhabilitación, o no sabe leer ni escribir, la representación y administración de los bienes del hijo le corresponde al otro que ejerza la patria potestad, previa autorización del juez. Ahora, si ambos padres se encuentran en alguna de las situaciones anteriores, el juez nombrará un curador especial para que represente y administre los bienes del niño o adolescente (artículo 277 del Código Civil).

6. Cuando el padre intenta la acción de desconocimiento de paternidad, la misma se ejerce en contra del hijo y la madre, en ese caso la representación le corresponde a la madre. Si el hijo se encuentra sometido a interdicción durante el último año de su minoridad, el tribunal le nombrará un tutor *ad-hoc* para que lo represente en el juicio (artículo 208 del Código Civil).

III. Extensión del poder de representación

Los padres en ejercicio de la patria potestad ejercen el poder de representación sobre todo tipo de negocios jurídicos en nombre y beneficio de los hijos; sin embargo, existen situaciones en donde el legislador le da cierta capacidad a los adolescentes para que ellos mismos realicen determinados negocios jurídicos que por la naturaleza del acto no lo pueden realizar sus representantes legales.

En ese sentido, por vía de excepción el poder de representación de los padres no se extiende a:

2 María Sara Rodríguez Pinto: "Una relectura de la patria potestad como función tuitiva sobre la persona y bienes de los hijos". *Revista Ius et Praxis*. Año 16, Nº 1. Universidad de Talca, 2010, p. 76.

1. Los actos personalísimos, no pueden ser ejercidos por medio de los representantes, los mismos corresponden en este caso a los hijos, pues están relacionados con los derechos y deberes personalísimos; como por ejemplo, contraer matrimonio (con excepción en el caso de la representación voluntaria, artículo 67 del Código Civil), las capitulaciones matrimoniales y donaciones con ocasión del matrimonio (artículo 146 del Código Civil), el testamento (excepción en el caso del artículo 966 del Código Civil), entre otros.

2. Los actos que el hijo puede realizar directamente por tener capacidad plena, como por ejemplo, ejercer la responsabilidad de crianza sobre sus hijos, redactar su testamento si es mayor de dieciséis años o menor sí su estado civil es casado, viudo o divorciado (artículo 837 del Código Civil), reconocer a sus hijos por sí solos a partir de los dieciséis años (artículo 67 del Código Civil), celebrar contratos de trabajo (artículo 100 LOPNNA), asociarse con otras personas (artículo 84 LOPNNA), presentar y dirigir peticiones ante funcionarios públicos (artículo 85 LOPNNA), entre otros; o por tener capacidad limitada, en donde puede realizar los actos jurídicos asistido o autorizado según el caso, como por ejemplo reconocer a sus hijos sí es menor de dieciséis años (artículo 222 del Código Civil).

IV. La administración de los bienes del hijo. Concepto

Los padres que ejercen la patria potestad tienen el poder de administración sobre los bienes de sus hijos, aún los concebidos, como lo señala el artículo 267 del Código Civil. Los padres tienen el derecho-deber (función) de conducir los asuntos económicos de sus hijos sometidos a patria potestad.

V. Titularidad

El poder de administración corresponde a los padres que ejercen la patria potestad al igual que el poder de representación; no obstante hay situaciones en las que los padres o uno de ellos no tienen el poder

de administración, al no tener el poder de representación, es decir, si los padres no tienen el poder de representación no tienen el poder de administración sobre esos bienes, a saber:

1. Si uno de los padres es menor de edad, está sometido a inhabilitación, o no sabe leer ni escribir, la representación y administración de los bienes del hijo le corresponde al otro que ejerza la patria potestad, previa autorización del juez. Ahora, si ambos padres se encuentran en alguna de las situaciones anteriores, el juez nombrará un curador especial para que represente y administre los bienes del niño o adolescente (artículo 277 del Código Civil).

2. El juez puede acordar que la administración de todo o de determinados bienes y la representación de todos o determinados intereses del hijo recaigan sobre uno solo de los padres, a solicitud de éste, oída la opinión del otro progenitor y siempre que convenga a los intereses del hijo (artículo 267 del Código Civil).

3. Si ambos padres o el que ejerza la patria potestad no quiere o no puede aceptar una herencia, legado o donación a favor del hijo, debe manifestárselo al tribunal, para que de oficio, o a solicitud del hijo, de un familiar o del Ministerio Público, el tribunal autorice la aceptación, en ese caso se designa a un curador especial y los padres no tienen el poder de administrar esos bienes (artículo 268 del Código Civil).

4. Cuando hay oposición de intereses entre el hijo y los padres, el juez nombra un curador especial para que represente y administre los bienes del hijo. Si la oposición de intereses es entre los hijos y un progenitor, el otro tendrá la representación y por ende la administración (artículo 270 del Código Civil), aplica lo propio tanto para el poder de representación como para el poder de administración.

5. Cuando hay mala administración por parte de los padres sobre los bienes de los hijos. En ese caso si la irregularidad

es de ambos, el juez nombrará un curador especial que puede actuar de dos maneras: intervenir cada vez que los progenitores pretendan realizar un acto de administración, o administrar directamente los bienes con las mismas facultades que tienen los padres sin excederlas, limitación necesaria, pues si los padres tienen limitaciones el curador debe tenerlas.

6. Si la mala administración es por parte de uno solo de los padres, el juez le confiere la administración exclusiva al otro progenitor. El progenitor privado de la administración puede oponerse a los actos que realiza el otro progenitor o el curador, según sea el caso, y el juez con conocimiento y luego de haber oído a quien tiene la administración decidirá al respecto.

7. El juez puede actuar a solicitud de parte (cualquiera de los progenitores, los ascendientes y parientes colaterales de los hijos dentro del tercer grado de consanguinidad) o de oficio.

8. Cuando hay oposición de intereses entre el hijo y los padres, el juez nombra un curador especial para que represente al hijo. Si la oposición de intereses es entre los hijos y un progenitor, el otro tendrá la representación.

9. Ahora, si la oposición de intereses es entre los hijos, el juez nombrará un curador especial para cada grupo de intereses, ello para evitar que los padres favorezcan a un grupo de los hijos en perjuicio del otro (artículo 276 del Código Civil).

VI. Actos que pueden realizar los padres en el ejercicio del poder de administración

Clasificación de los actos

Los actos jurídicos que pueden realizarse dentro del ejercicio del poder de administración de un patrimonio, pueden ser: actos de administración y actos de disposición.

Los actos de administración son aquellos que no comprometen esencialmente el patrimonio, sino que son actividades normales para conservarlo, explotarlo y emplear sus rentas. El patrimonio se mantiene o aumenta pero no disminuye, no existe riesgo de que se altere, son ejemplos de actos de administración la reparación de una casa, la siembra de cualquier cosecha, la venta de los frutos (por ejemplo la venta de la leche, pues no hay alteración del patrimonio), los contratos de arrendamiento menores de tres años, entre otros.

Los actos de disposición, implican alteraciones sustanciales del patrimonio, al estar sujeto a una disminución o a un riesgo de sufrir una transformación, como por ejemplo, en el contrato de venta, en el contrato de donación, entre otros, porque se altera la estructura del patrimonio.

Facultades de los padres

Los padres, en el ejercicio de la patria potestad, pueden realizar actos de administración sin autorización judicial, porque en estos casos no existe riesgo de alteración para el patrimonio del hijo. En el caso de los actos de disposición, la situación es distinta, ya que los padres no pueden realizar actos de disposición a menos que el juez los autorice[3].

En ese sentido, el legislador venezolano en el artículo 267 del Código Civil, establece que los padres requieren autorización judicial:

> "(…)Para realizar actos que exceden de la simple administración, tales como hipotecar, gravar, enajenar muebles o inmuebles, renunciar a herencias, aceptar donaciones o legados sujetos a cargas o condiciones, concertar divisiones, particiones, contratar préstamos, celebrar arrendamientos o contratos de anticresis por más de tres (3) años, recibir la renta anticipada por más de un (1) año, deberán obtener la autorización judicial del Juez de Menores.
> Igualmente se requerirá tal autorización para transigir, someter los asuntos en que tengan interés los menores a compromisos arbitrales,

3 La regla es que los padres sobre los bienes de sus hijos están autorizados por el legislador sólo a realizar actos de administración, más no de disposición. Situación similar se presenta en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de América Latina, por ejemplo en Argentina, Chile, Colombia.

> desistir del procedimiento, de la acción o de los recursos en la representación judicial de los menores.
> Tampoco podrán reconocer obligaciones ni celebrar transacciones, convenimientos o desistimientos en juicio en que aquellas se cobren, cuando resulten afectados intereses de menores, sin la autorización Judicial. (…)"

Autorización judicial

Los padres en ejercicio de la patria potestad y del poder de administración, requieren una autorización judicial para realizar actos de disposición; en ese sentido cualquiera de los padres en ejercicio del poder de administración puede solicitar la autorización ante el juez para realizar algún acto de disposición en específico, siempre que sea de evidente necesidad o utilidad para el niño o adolescente, debiéndolo demostrar. Lo que implica que la solicitud para obtener la autorización es previa a la realización del acto y concreta: sólo para realizar ese acto en particular y no otro. Para realizar un acto de disposición diferente al solicitado debe presentar una nueva solicitud.

- Procedimiento: Al presentar el progenitor la solicitud, el tribunal notifica al Ministerio Público. El juez debe corroborar la necesidad o utilidad del acto para el beneficio del niño o adolescente, oír al progenitor que no hace la solicitud, al adolescente si tiene más de dieciséis años, y la opinión del Ministerio Público. El juez debe tomar las precauciones del caso, para evitar que se perjudique el patrimonio del hijo con la inversión que pretenda realizar el padre; en caso contrario el juez es también responsable de los perjuicios que se le ocasiona al hijo (artículo 269 del Código Civil).

VII. Actos prohibidos por la Ley en la administración de los bienes del hijo

Los padres como administradores pueden hacer todos aquellos actos de administración, que resulten beneficiosos para el patrimonio del hijo y deben evitar realizar aquellos que causen un perjuicio al patrimonio; si bien es cierto que los padres tienen libertad al ejecutar

actos de administración, también lo es que tienen una prohibición moral y legal de realizar actos que menoscaben el patrimonio.

Los padres en ejercicio del poder de administración y de representación, en materia contractual sufren una incapacidad jurídica relativa ya que no pueden comprar ni directamente, ni por intermedio de terceras personas, ni por subasta pública los bienes de sus hijos sometidos a la patria potestad, debido a que en ese caso existiría conflicto de interés entre los padres y el hijo (artículo 1.482 del Código Civil). En ese caso se trata de una incapacidad excepcional establecida por el legislador.

Los padres tienen prohibido aceptar en forma pura y simple[4], la herencia deferida en beneficio de sus hijos sometidos a patria potestad. Deben aceptar la herencia a beneficio de inventario, es decir, el heredero debe pagar las deudas de la herencia sólo hasta el valor de los bienes que haya recibido (artículo 998 del Código Civil).

VIII. Bienes del hijo no sujetos a la administración de los padres

La regla establece que los padres administran todos los bienes que se encuentran dentro del patrimonio del hijo; sin embargo, el legislador señala algunos bienes cuya administración no le corresponde a los padres:

- Los padres no administran los bienes que adquiere el hijo por herencia, donación y/o legado, con la condición de que los padres no los administren; o aceptados en contra de la voluntad de los padres o de alguno de ellos. En el primer caso, los bienes serán administrados por el administrador designado por el testador o donante, en caso de no haber designación, el juez designará un curador especial para que administre esos bienes. En el segundo caso, si uno de los padres estuvo de acuerdo en aceptar la donación, herencia o legado, le corresponde su administración; en caso de que ninguno estuviera de acuerdo en la aceptación le corresponde la administración a un curador especial nombrado por el juez (artículo 272 del Código Civil).

4 Se acepta la herencia, tanto el activo como el pasivo, sin importar cuál sea mayor, debiéndose cumplir la totalidad de las obligaciones, aunque el activo no alcance.

- El hijo que tiene dieciséis años de edad administra los bienes que adquiera por su trabajo u oficio, así como los frutos derivados de los mismos; pero para realizar actos de disposición requiere autorización judicial. En caso de que los bienes se adquieran con el aporte económico de los padres, estos bienes no los administra el hijo, pero tiene derecho a una remuneración por su trabajo y en ese caso tiene la administración de lo obtenido en la remuneración o reconocimiento del trabajo (artículo 273 del Código Civil).

- Los bienes que adquiere el hijo como heredero, suceda por derecho propio o suceda por representación, donde el padre o la madre eran indignos de suceder; en ese caso el padre indigno no administra esos bienes (artículo 813 del Código Civil).

IX. Responsabilidad de los padres por la administración de los bienes de los hijos

De conformidad con el artículo 274 del Código Civil, "El padre y la madre responden solidariamente de los bienes que administren conjuntamente y de los frutos procedentes de los mismos (…)". La responsabilidad solidaria de los padres existe siempre y cuando la administración de los bienes sea conjunta. Si de manera excepcional la administración la ejerce uno sólo de los padres, éste debe responder por los perjuicios que le haya ocasionado al patrimonio, sin poder el hijo exigirle ninguna responsabilidad al otro progenitor.

Las obligaciones son solidarias cuando así se establece entre deudores y acreedores o cuando lo dispone la ley, pues la solidaridad no se presume, en el caso de la patria potestad la solidaridad es legal[5].

Si bien es cierto que los padres son solidariamente responsables por la administración, también lo es que no están obligados a dar garantía para responder de los eventuales perjuicios que puedan ocasionar al patrimonio del hijo por el ejercicio cotidiano del poder de administración, garantía que pudiera asegurar la reparación de cualquier daño ocasionado;

5 Las obligaciones solidarias significa, que los deudores están obligados a cumplir íntegramente la obligación, y el acreedor puede exigirle el cumplimiento de la obligación a cualquiera de ellos, el deudor que paga libera a los demás (artículo 1.221 del Código Civil).

sin embargo, ante los eventuales daños que pudiera ocasionarse al hijo el legislador consagra dos situaciones que evitan o atenúan el posible perjuicio:

- Si los padres se han divorciado o el matrimonio se ha disuelto por muerte de alguno de ellos, el cónyuge que desea volver a casarse debe dirigirse al juez para que se designe un curador *ad hoc* al hijo. Si el hijo tiene bienes, el juez con intervención del curador proceden a hacer un inventario de los bienes del hijo (artículo 110 del Código Civil). El inventario permite tener una constancia del patrimonio que tenía ese hijo para el momento de la celebración del nuevo matrimonio del progenitor, y que debe existir al finalizar la patria potestad, lo que facilitará determinar una mala administración y por ende la exigibilidad de la responsabilidad paterna o materna en la administración de los bienes del hijo.

- Si se comprueba la mala administración por parte de unos de los padres o de ambos, el juez puede conferirle la administración al otro progenitor o a un curador, cumpliendo el procedimiento establecido por la ley. Así, el legislador trata de evitar la continuación de la mala administración y el consecuencial daño.

Capítulo 18

La familia sustituta en la Ley Orgánica de Protección del Niño, Niña y del Adolescente: La colocación familiar o en entidad de atención[1]

SUMARIO

Introducción. I. Definición. II. Finalidad. III. Fundamento Legal. IV. Características. V. ¿Colocación Familiar o en Entidad de Atención? VI. Situación Especial de Abrigo. VII. Supuestos de Procedencia de la Colocación Familiar o en Entidad de Atención: a. Casos. b. Orden de Prelación c. Personas a quien puede otorgarse d. Finalización. VIII. Conclusiones.

Introducción

La presencia protagónica de la familia de origen del niño o adolescente en los textos legales del sistema jurídico venezolano, la encontramos a partir del año 2000, con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente (hoy denominada Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente, conocida por sus siglas LOPNNA) aún cuando por regla general, las constituciones siempre han reconocido el carácter de la familia como base o como "célula fundamental de la sociedad". Los textos legales que han entrado en vigencia en Venezuela en los últimos años se encuentran orientados al reconocimiento del derecho del niño a crecer en medio de una familia y en particular, de su familia de origen.

1 Annalisa Poles de Graciotti. Profesora de la Universidad Católica del Táchira.
Correo electrónico: apoles@ucat.edu.ve

La Convención Sobre los Derechos del Niño, aprobada por ley expresa en Venezuela el 28 de agosto de 1990[2], destaca la importancia de la familia en la educación de los niños en su propio Preámbulo y en el artículo 9. La Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente, promulgada el 2 de octubre de 1998 y que entró en vigencia el 1 de abril del año 2000, consagra en el artículo 26 el derecho del niño a ser criado y desarrollarse en el seno de su familia de origen, dejando la familia sustituta para los casos excepcionales. Posteriormente, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de diciembre de 1999, establece también en el artículo 75 el derecho de los niños y adolescentes a crecer y desarrollarse en su familia de origen y en la reforma de la Ley Orgánica para la Protección del Niño, Niña y Adolescente, que entró en vigencia el 10 de diciembre del año 2007, en su exposición de motivos, indica que ante cualquier circunstancia, se debe tomar en cuenta primero a la familia, luego los parientes más cercanos y sólo en casos excepcionales se aplicarán medidas como colocación en hogares sustitutos o adopción y, en último caso, su colocación en entidades de atención.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con el cambio de paradigma que comenzó a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño, resalta la prioridad de la familia cuando establece en el artículo 75 lo siguiente:

> El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares, se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia. **Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen. Cuando ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a una familia sustituta, de conformidad con la ley. La adopción tiene efectos similares a la filiación y se establece siempre en beneficio del adoptado o de la adoptada, de conformidad con la ley. La adopción internacional es subsidiaria de la nacional** (Negrillas nuestras).

2 Publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria No. 34.541 de fecha 29 de agosto de 1990.

La LOPNNA consagra el derecho del niño a permanecer con su familia de origen en el artículo 26, mientras que la familia sustituta, es considerada en la exposición de motivos como aquella que no siendo la familia natural del niño o adolescente, lo acoge para que forme parte de la misma, con la finalidad de suministrarle protección, afecto y educación, pudiendo estar conformada por una o varias personas, y se encuentra definida en su artículo 394. Si relacionamos este artículo con el artículo 26 *ejusdem*, puede concluirse que sólo excepcionalmente los niños, niñas y adolescentes pueden ser separados de su familia de origen, bien sea porque sus padres han sido privados de la patria potestad o por no poder ubicarlos y en otros casos similares; o cuando criarse en su familia de origen sea contrario a su interés superior, porque viole sus derechos y garantías o afecte negativamente su desarrollo integral. Si ocurre cualquiera de esos dos supuestos, temporal o permanentemente, deben entonces ser criados por una familia sustituta, en cualquiera de sus formas.

El principio fundamental en nuestra legislación es la primacía de la familia de origen sobre la familia sustituta. Sin embargo, en aquellos casos donde no es posible o no es conveniente para su interés superior, que el niño, niña o adolescente sea criado en su familia de origen, debe dictársele una modalidad de familia sustituta prevista en la ley especial. La propia ley define en su artículo 394 lo que debe entenderse por familia sustituta. Dicho artículo señala:

> Se entiende por familia sustituta aquélla que no siendo la familia de origen, acoge, por decisión judicial, a un niño, niña o adolescente privado permanente o temporalmente de su medio familiar, ya sea por carecer de padre y de madre, o porque éstos se encuentran afectados en la titularidad de la patria potestad o en el ejercicio de la responsabilidad de crianza.

En tal sentido, el derecho primario de todo niño, niña o adolescente es a ser criado en su familia de origen, se considera como primera opción el derecho a vivir, a ser criados y desarrollarse en su familia de origen y, excepcionalmente, a hacerlo en una familia sustituta. Como complemento a tal afirmación, el artículo 26 de la LOPNNA establece, en su primer parágrafo, que la separación de los niños, niñas y adolescentes de su medio familiar solo podrá hacerse en aquellos casos en que sea estrictamente

necesario para preservar su interés superior, para lo cual deben atenderse los requisitos y procedimientos establecidos en la propia Ley. Uno de estos requisitos es el ambiente de seguridad y afecto que toda familia, sea de origen o sustituta, debe ofrecer a los niños, niñas y adolescentes, a fin de permitir su desarrollo integral (segundo parágrafo del citado artículo 26). El Estado, contando con la activa participación de la sociedad, está obligado a garantizar programas y medidas de protección especiales para los niños, niñas y adolescentes privados temporal o permanentemente de su familia de origen (tercer parágrafo del artículo 26). Entre estos programas se prevén los de colocación familiar, que tienen por objeto organizar la colocación de niños, niñas y adolescentes en familias sustitutas mediante un proceso de selección, capacitación y apoyo a quienes se dispongan a incorporarse en el programa (artículo 401 de la LOPNNA).

I. Definición

La colocación familiar o en entidad de atención constituyó una de las grandes novedades de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente del año 2000 (hoy LOPNNA), por cuanto está llamada a dar soluciones justas y humanas, acordes con los principios inspiradores de la Convención sobre los Derechos del Niño y de todos aquellos instrumentos que sirven de base a la Doctrina de la Protección Integral, poniendo punto final a las dos figuras que anteriormente existían y que tan graves secuelas dejaron en la vida de casi todas las personas que las padecieron, como lo son: la declaratoria en estado de abandono y la tutela del Estado.

La colocación familiar o en entidad de atención es una medida de protección aplicable en aquellos casos de niños o adolescentes privados temporalmente de su familia de origen, y que sólo puede ser dictada por un Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente. Constituye, por tanto, una de las modalidades de familia sustituta previstas por la LOPNNA.

La colocación familiar o en entidad de atención, presenta los principios que según la LOPNNA, son comunes a cualquier modalidad de familia sustituta y que deberá tener presente siempre el juez al momento de decidir la modalidad más conveniente. Dichos principios se encuentran en el artículo 395:

A los fines de determinar la modalidad de familia sustituta que corresponde a cada caso, el juez o jueza debe tener en cuenta lo siguiente:

a. El niño, niña o adolescente debe ser oído u oída y su consentimiento es necesario si tiene doce años o más y no discapacidad mental que le impida discernir.

b. La conveniencia de que existan vínculos de parentesco, ya sea por consanguinidad o por afinidad, entre el niño, niña o adolescente y quienes pueden conformar la familia sustituta.

c. La responsabilidad de quien resulte escogido o escogida para desempeñarse como familia sustituta es personal e intransferible.

d. La opinión del equipo multidisciplinario.

e. La carencia de recursos económicos no puede constituir causal para descalificar a quien pueda desempeñarse eficazmente como familia sustituta.

f. La familia sustituta sólo podrá residir en el extranjero cuando la modalidad más conveniente para el niño, niña o adolescente sea la adopción, o cuando esté conformada por parientes del niño, niña o adolescente.

II. Finalidad

La finalidad de la colocación familiar o en entidad de atención es proteger a aquellos niños, niñas y adolescentes privados de su familia de origen y a los cuales no se les puede abrir la tutela ni concederse su adopción, y supone el otorgamiento de ciertas facultades a quien se desempeñe como familia sustituta, como por ejemplo la responsabilidad de crianza del respectivo niño, niña o adolescente, de manera temporal y mientras se decide su regreso a su familia de origen o se determina una modalidad de protección permanente para él.

La responsabilidad de crianza se entiende de acuerdo a lo establecido en el artículo 358 de la LOPNNA; y por lo que respecta a la representación

legal, no existe en el mismo sentido que la tienen los padres en la patria potestad o los tutores en la tutela, ya que puede o no conferirse, y si se confiere la representación será para determinados actos (artículo 396 LOPNNA).

III. Fundamento legal

La colocación familiar o en entidad de atención se encuentra regulada en la sección segunda del capítulo III, Título IV de la LOPNNA y comprende, especialmente, los artículos 396 al 405, ambos inclusive. No obstante, es necesario advertir que las previsiones contenidas en la sección primera del mencionado capítulo III resultan igualmente aplicables, ya que constituyen disposiciones generales en materia de familia sustituta.

IV. Características

1. Es siempre una *medida judicial.* La competencia para dictar la medida le corresponde únicamente al tribunal de protección, sin posibilidad de que se dicte en ningún órgano administrativo (arts. 129 y 394 LOPNNA). La competencia en razón de la materia, corresponde a la Sala de Juicio del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente, de conformidad con lo establecido en el artículo 177, parágrafo primero, literal h, de la LOPNNA, que le atribuye el conocimiento de los asuntos de familia relacionados con los procedimientos de colocación familiar y colocación en entidad de atención. En cuanto a la competencia por razón del territorio, la misma corresponde al juez del lugar de la residencia de los niños o adolescentes involucrados en la causa, conteste con lo previsto en el artículo 453 de la referida ley.

2. Es una *medida autónoma.* Significa esto que, aunque a través de ella se podría llegar en el futuro a una adopción (que es la modalidad de familia sustituta que ofrece más garantías para los niños y adolescentes que no pueden ser criados con su familia de origen), como no siempre se logra ésta, a través de la colocación familiar se protege a quien no resulta

adoptable por no llenar los requisitos o por no haber personas interesadas (arts. 397 y siguientes LOPNNA).

3. Es una *medida sujeta a revisión.* Tal como dispone el artículo 131 de la LOPNNA, se hace necesaria una revisión de la medida de protección dictada, cada seis meses por lo menos, ya que éstas pueden ser sustituidas, modificadas o revocadas; esto puede suceder también en cualquier momento. Como es principio general en cualquier modalidad de familia sustituta, debe oírse la opinión del niño o adolescente, así como también deben realizarse evaluaciones sociales y psicológicas que serán requeridas por el juez al equipo multidisciplinario del tribunal.

4. Es una *medida temporal,* que durará mientras se determina una modalidad de protección permanente (art. 396). La propia ley regula los casos de terminación como se verá *infra*.

V. ¿Colocación familiar o en entidad de atención?

Aunque el legislador coloca la partícula "o", no puede deducirse que es indiferente la ubicación del niño o adolescente que requiere de protección, en una familia sustituta o en entidad de atención. De hecho aunque la reglamentación sea igual para ambas, existen diferencias y siempre debe preferirse la colocación familiar y no la institucionalización del niño o del adolescente. La orientación de la LOPNNA es acercarse, lo más fielmente posible, al ambiente de una familia. Al respecto señala Haydee Barrios[3].

> "....Al considerar la figura de la colocación familiar como medida de protección, resultó imperativo admitir la necesidad de incorporar una figura subsidiaria constituida por la opción de la colocación en entidad de atención, ya que probablemente resulte imposible encontrar familias que quieran acoger en su seno a todos aquellos niños y adolescentes que se encuentran en el país y que requieren de una familia sustituta…(omissis)…. Resulta así, por tanto, más fácil de

3 Haydee Barrios: "Colocación Familiar o en Entidad de Atención en la LOPNA". Trabajo publicado en el libro *Introducción a la Ley Orgánica para la protección del Niño y del Adolescente*. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello, 2000, pp. 311 - 312.

> entender el contenido del artículo 398 de la LOPNA, cuando dispone que deben agotarse las posibilidades de que la colocación se realice en una familia sustituta, y solo si ello no puede lograrse (porque no existe la familia que quiera recibir a ese niño o adolescente), se dispondrá la colocación en la entidad de atención más apropiada a las características y condiciones del respectivo niño o adolescente...".

Tal como se señala, la prioridad es la colocación familiar y únicamente cuando esto no sea posible, debe optarse por una colocación del niño, niña o del adolescente en las llamadas entidades de atención.

Estas entidades de atención son instituciones de interés público que ejecutan proyectos, medidas y sanciones. Estas pueden ser constituidas a través de cualquier forma de organización o asociación pública, privada o mixta que permita la ley. Las entidades de atención creadas por organismos del sector público, son públicas a los efectos de la ley[4].

VI. Situación especial del abrigo

En el artículo 126 de la LOPNNA, se contemplan las medidas de protección que le corresponde dictar a las autoridades administrativas, especialmente a los Consejos de Protección. Dentro de estas tenemos una medida, prevista en la letra h) del artículo 126 y desarrollada por el artículo 127, denominada **"abrigo"**, y que se encuentra definida en el citado artículo 127 de la Ley:

> "El abrigo es una medida provisional y excepcional, dictada en sede administrativa por el Consejo de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, que se ejecuta en familia sustituta o en entidad de atención, como forma de transición a otra medida administrativa de protección o a una decisión judicial de colocación familiar o en entidad de atención o de adopción, siempre que no sea posible el reintegro del niño, niña o adolescente a la familia de origen….".

Esta medida se hará a través de familias sustitutas seleccionadas previamente y capacitadas o en entidades de atención, pero con la particularidad que no puede exceder los treinta días, tal como lo prevé la

4 Ver artículo 181 de la LOPNNA.

segunda parte de la norma citada, la cual añade que, si vencido ese plazo no se resuelve el caso por vía administrativa, el Consejo de Protección debe dar aviso al juez competente, para que éste dictamine lo conducente.

Se deduce entonces que son diferentes las instituciones del abrigo y de la colocación familiar, como apunta Haydee Barrios[5]:

> "... surgen pues las diferencias entre las instituciones del abrigo y la colocación familiar, las cuales son medidas de protección con supuestos diferentes, llamadas a complementarse en un momento dado, ya que lo decidido provisionalmente por el Consejo de Protección puede mantenerse a través de la decisión de colocación familiar que dicte el juez, dictadas por órganos diferentes, con una duración muy corta la primera de ellas, la cual, además, no supone conferimiento de facultad alguna sobre la persona de los niños o adolescentes sobre los cuales recaiga, pues se limita exclusivamente a proveer a su inmediata y urgente protección material. Siendo la única semejanza la finalidad de protección que persiguen respecto a los sujetos sometidos a las mismas...".

VII. Supuestos de procedencia de la colocación familiar o en entidad de atención

a. Casos

Según el artículo 397 *ejusdem*, la colocación familiar o en entidad de atención, procede en tres casos:

1. Transcurridos los treinta días de la medida de abrigo, sin resolver el caso por la vía administrativa.

2. Cuando sea imposible abrir o continuar la tutela.

3. Cuando se haya privado a los padres de la patria potestad o ésta se haya extinguido.

5 Haydee Barrios... op. cit., p. 309.

b. Orden de Prelación

Además de los supuestos, el orden de prelación lo trae la misma ley, cuando señala que en la colocación deben agotarse las posibilidades de que la misma sea en familia sustituta y, de no poder lograrse, se hará en la entidad de atención más apropiada a las características y condiciones del respectivo niño, niña o adolescente. En este último caso el responsable de la entidad de atención en la cual se coloque al niño, niña o adolescente, ejercerá su responsabilidad de crianza y representación. A los efectos de tal designación, el juez tendrá en cuenta el número de niños o adolescentes que se encuentren bajo la guarda y representación de estas personas[6].

c. Personas a quienes puede otorgarse

Señala el artículo 399 de la LOPNNA que la colocación familiar puede ser otorgada a una sola persona, a una pareja de cónyuges o a parejas conformadas por un hombre y una mujer que mantengan una unión estable de hecho que cumpla los requisitos establecidos en la ley[7]. Estas personas deben poseer las condiciones que hagan posible la protección física del niño o adolescente, y su desarrollo moral, educativo y cultural. Debe hacerse una mención especial al artículo 403, que señala una prioridad en el momento de la toma de decisiones. En este sentido, las decisiones relativas a un niño, niña o adolescente, tomadas por la persona que ejerza la responsabilidad de crianza de los mismos en virtud de una colocación, privan sobre la opinión de sus padres. También se dice que en el caso de un niño o adolescente que ha sido entregado para su crianza por su padre o su madre, o por ambos, a un tercero apto para ejercer la responsabilidad de crianza, el juez, previo el informe respectivo, considerará ésta como la primera opción para el otorgamiento de la colocación familiar de ese niño, niña o adolescente (art. 400 LOPNNA).

Es necesario que las personas a quienes se otorgue un niño o adolescente en colocación familiar deban estar inscritas en un programa de colocación familiar, en el cual se las capacite y supervise. Excepcionalmente se puede otorgar dicha colocación a quienes no

6 Ver artículo 398 de la LOPNNA.

7 El régimen de las uniones estables de hecho y sus requisitos, se encuentra regulado en la Ley Orgánica del Registro Civil, publicada en la Gaceta Oficial No. 39.264 del 15 de septiembre de 2009, artículos 117 al 122.

estuvieren en uno de estos programas, en cuyo caso, deberán proceder a inscribirse de inmediato, a los fines indicados (art. 401). Por otra parte, el Consejo de Protección debe llevar un registro de las personas a quienes se les ha otorgado colocaciones familiares y de aquéllas que resultan elegibles para ello, así como de los programas respectivos (artículo 402).

d. Finalización:

La finalización de la colocación familiar o en entidad de atención, puede ocurrir en forma absoluta o relativa.

En *forma absoluta*, se da en los siguientes casos:

1. Reinserción del niño, niña o adolescente en su familia de origen, debido a que sus padres readquieren totalmente las facultades de la patria potestad.

2. Sustitución por otro sistema de protección permanente, como la adopción (Incluyendo el caso que sea conferida ésta a la misma persona o personas que tenían la colocación).

En *forma relativa* es cuando se termina respecto a la persona o personas que la tienen, pero para ser sustituida por otra colocación, y puede provenir por voluntad de la persona que tiene al niño o adolescente o por decisión judicial.

La primera está prevista en el artículo 404 de la LOPNNA y el legislador la denomina *interrupción de la colocación* y ocurre cuando la persona a la cual se ha concedido un niño, niña o adolescente en colocación familiar, no pudiere, o no quisiere, continuar con el ejercicio de la misma, debe informar de ello al juez que dictó la medida, a fin de que éste decida lo conducente. En ningún caso el niño, niña o adolescente puede ser entregado a terceros sin previa autorización judicial. En este sentido, debe tenerse en cuenta las sanciones de los artículos 232 y 270 de la LOPNNA.

La terminación por decisión judicial se hace a través de una *revocatoria*, vale decir la colocación familiar o en entidad de atención

puede ser revocada por el juez, en cualquier momento, si el interés superior del niño así lo requiere, previa solicitud del colocado si es adolescente, del padre o la madre afectados en la patria potestad o en el ejercicio de la responsabilidad de crianza, sus parientes, del Ministerio Público, y de cualquier persona que tenga conocimiento directo de los hechos o circunstancias que lo justifique (artículo 405 LOPNNA).

VIII. Conclusiones

La colocación familiar o en entidad de atención es una medida de protección aplicable en aquellos casos de niños, niñas o adolescentes privados temporalmente de su familia de origen, y que sólo puede ser dictada por un Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente. Constituye, por tanto, una de las modalidades de familia sustituta previstas por la LOPNNA. Lo que se propone el legislador es tratar de involucrar a los parientes del niño o adolescente que pudiesen ejercer la responsabilidad de crianza de los mismos, pero si esto no es posible, se acude a otras personas que posean las condiciones humanas, morales y sociales para proteger al niño o adolescente, aunque no tengan los recursos económicos suficientes. Se reitera que claramente el texto de la ley prevé acudir en primer término a una colocación familiar. Sólo cuando esto no sea posible, debe buscarse una entidad de atención que sea apropiada a las características y condiciones del respectivo niño, niña o adolescente.

Capítulo 19

Tutela de niños y adolescentes (I) Generalidades[1]

SUMARIO

I. Nociones generales. a. Concepto. b. Principios que rigen la tutela. II. Apertura y constitución de la tutela. a. Generalidades. b. Competencia. c. Fases. c.1. Fase inicial de la constitución de la tutela. c.2. Designación de los titulares para los cargos de la tutela. c.2.1. Delación de los cargos c.2.2. Inhabilidades absolutas y relativas. c.3. Asunción de los cargos por sus titulares. c.3.1. Las excusas. c.4.Formalidades previas para el ejercicio de la tutela. c.4.1. Existencia del Protutor. c.4.2. Formación y consignación del inventario inicial. c.4.3. Aseguramiento de las resultas de la administración del tutor. c.4.4. El discernimiento del cargo. III. La Tutela Interina.

I. Nociones generales

a. Concepto

Aunque la palabra "tutela" designa, en general, todo tipo de protección, cuidado, defensa y dirección de personas e intereses, generalmente se le considera una institución referida principalmente (aunque no de forma exclusiva) a la protección o cuidado de los niños o adolescentes y/o de sus bienes. Generalmente los incapaces encuentran su protección en la familia, pero si no la tienen se hace necesario colocarlos bajo otro régimen de protección, es decir, someterlos a tutela o curatela (dependiendo de la incapacidad) y en el fondo, a decir de Arturo Valencia Zea[2], estas instituciones vienen a cumplir el papel o la función que se asigna a la familia.

1 Annalisa Poles de Graciotti. Profesora de la Universidad Católica del Táchira.
Correo electrónico: apoles@ucat.edu.ve.

2 Arturo Valencia Zea: *Derecho Civil.* Tomo V. *Derecho de Familia.* 3era. edición. Bogotá, Colombia.

Para Colín y Capitant[3] es un "régimen de protección establecido por la ley en provecho de los niños o adolescentes, a consecuencia de la falta de padre que ejerza la patria potestad así como en provecho de los alienados entredichos". Como se deduce de la definición, es siempre un sistema de protección y encierra los dos tipos de tutela: la tutela de niños o adolescentes y la de entredichos.

Aguilar Gorrondona[4] la define así: "Es el régimen de protección aplicable a los menores que no se encuentran bajo patria potestad, pero cuya protección requiere su representación legal y comprende, por lo menos, algún interés no patrimonial".

Podemos concluir diciendo que la tutela consiste en una potestad legal que se otorga a una persona capaz a fin de proteger, representar y administrar los bienes de un niño o adolescente, supliendo de esta manera la falta de patria potestad, aunque con facultades menos extensas. Igualmente la tutela abarca la protección de entredichos a causa de defecto intelectual, rigiendo en esta interdicción de mayores incapaces, como fundamento general, sus mismas normas y principios, en cuanto le sean aplicables.

b. Principios que rigen la tutela

1. *La tutela es una función representativa*: Quien ejerce la tutela va a actuar en nombre y representación del niño o adolescente. Al igual que ocurre en la patria potestad, el niño o adolescente va a ser sustituido por su tutor, que actúa por el incapaz, quien no interviene en la celebración de los negocios jurídicos. No olvidemos que tal representación va en interés del incapaz, por consiguiente el tutor no tiene plenos poderes de disposición sobre el patrimonio del niño o adolescente,

Editorial Temis, 1970, p. 498.

3 Ambrosio Colín y Henri Capitant: *Curso Elemental de Derecho Civil*. Tomo Segundo. Volumen I: Incapacidad Civil. Personas Jurídicas. Madrid. Instituto Editorial Reus, 1961.

4 En materia de Tutela, el autor tiene un estudio muy completo dentro de la bibliografía nacional. Para abundar más, se recomienda consultar la obra en sus dos volúmenes: José Luis Aguilar Gorrondona: *Teoría General de la Tutela de Menores en el Derecho Venezolano*. Caracas. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones. Colección de Estudios Jurídicos. Vol. XX, 1957, y José Luis Aguilar Gorrondona: *Necesidad, Apertura y Constitución de la Tutela Ordinaria de Menores en el Derecho Venezolano*. Caracas. Universidad Central de Venezuela, Publicaciones de la Facultad de Derecho. Vol. XXVI, 1962.

exigiéndose autorización judicial para ejecutar este tipo de actos, ni puede tampoco sustituir al niño o adolescente en algunos actos, donde por su carácter personalísimo no se admite tal representación.

2. *La tutela es una carga social*: Ha sido entendida como un oficio, lo que trae como consecuencia que la persona a quien se designa como tutor para liberarse de tal obligación, deberá dirigirse ante el juez competente expresando causal suficiente que justifique su negativa, debiendo el juez examinar la situación y decidir lo que resulte más favorable al niño o adolescente.

3. Este cargo u oficio obligatorio lo consagra nuestro Código Civil en los siguientes términos: "La tutela es un cargo del que nadie puede excusarse sino en los casos determinados por la ley". (artículo 304 Código Civil); pudiendo hacerlo las personas mencionadas en el artículo 342 *ejusdem*.

4. *La tutela es una función personal*: En principio, se considera que el tutor es el único que puede y debe desempeñar las funciones inherentes a su cargo. Sin embargo, no puede interpretarse esto estrictamente, y al igual que en la patria potestad, el tutor puede valerse del auxilio de otras personas para cuidar del niño o adolescente e incluso para administrar sus bienes, cuando en razón de su naturaleza o importancia sea necesario, sin perjuicio de su responsabilidad.

5. *La tutela interesa al orden público:* Antes de entrar en posesión del cargo, deben cumplirse una serie de requisitos y formalidades, y aún en los casos que el tutor sea nombrado por los padres, debe ser discernida por el juez. La intervención judicial tiene fundamentalmente fines de control, pero también el proceso mismo de constitución de la tutela está en manos del órgano judicial.

6. *La tutela es una función en principio gratuita, pero puede ser remunerada:* Aunque se mantiene el principio de que el ejercicio

de las funciones tutelares son gratuitas, el legislador establece una excepción permitiendo su remuneración cuando se trata de la administración de los bienes, estableciendo una facultad al tribunal para fijar una remuneración que no podrá exceder del quince por ciento (15%) de la renta líquida (artículo 375 C.C).

7. *La tutela implica un principio de unidad:* En efecto, la tutela es unipersonal (característica diferente de la que establece que el cargo debe ejercerse personalmente) porque excluye por naturaleza la posibilidad de concurrir varios tutores por perjudicarse con ello los intereses del niño o adolescente. La multiplicidad de cargos implicaría posibles choques de opiniones entre tutores respecto a sus actuaciones, a la representación del pupilo e incluso generaría problemas para el ejercicio de ciertos derechos, como la posibilidad de remunerar sus funciones administrativas.

II. Apertura y constitución de la tutela

a. Generalidades

Para que sea necesaria la apertura de la tutela, debe existir un niño o adolescente no emancipado que carezca de la protección que brinda la patria potestad, bien sea por privación o exclusión absoluta de su ejercicio, o por muerte de los padres o ausencia como se infiere del artículo 301 del Código Civil.

b. Competencia

En todo el proceso de constitución de la tutela la intervención del Estado se realiza a través de un órgano judicial; intervención que va a mantenerse más allá de su constitución, realizando principalmente funciones de control y vigilancia. El tribunal competente es el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (artículo 177, parágrafo 2º, literal b) LOPNNA). La última instancia le corresponde a la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia (art. 176 LOPNNA).

c. Fases

La constitución de la tutela ordinaria de niños o adolescentes comprende, según Aguilar Gorrondona[5], las siguientes fases:

1° Una fase inicial, que termina cuando se ordena la tutela.
2° La designación de los tutelares de los cargos permanentes.
3° La asunción de dichos cargos por sus titulares.
4° El cumplimiento de las formalidades que la ley exige al tutor antes de que entre en ejercicio normal de sus funciones.

c.1. Fase inicial de la constitución de la tutela

El Código Civil establece las personas que tienen el deber de informar al juez los hechos relacionados con la apertura de la tutela; estas personas se dividen en dos categorías: Los funcionarios públicos y los tutores llamados por ley o designados por los padres y los parientes del menor:

> **Artículo 302**. El funcionario que reciba la declaración de la muerte de una persona que haya dejado hijos menores de edad sin representante legal, debe informar al Juez de Menores de la Jurisdicción. El incumplimiento de esta obligación acarrea una multa de Un Mil Bolívares (Bs. 1.000,00).
>
> **Artículo 303**. El tutor nombrado por el padre y por la madre, el llamado por la ley a serlo y los parientes del menor dentro del cuarto grado de consanguinidad, al tener conocimiento de cualquier hecho que de lugar a la apertura de la tutela, deben informarlo al juez competente.
> Los infractores de la disposición contenida en este artículo pagarán multa de Quinientos Bolívares (Bs. 500,00) por cada uno de los menores.

c.2. Designación de los titulares para los cargos permanentes de la tutela

En cuanto a la designación de los titulares de los cargos en la tutela de niños, niñas y adolescentes, debemos necesariamente referirnos a los

5 José Luis Aguilar Gorrondona: *Necesidad, Apertura y Constitución de la Tutela Ordinaria de Menores en el Derecho Venezolano.* Caracas. Universidad Central de Venezuela, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Vol. XXVI, 1962, p. 195 y ss.

modos de delación de dichos cargos y a las incapacidades para ejercerlos, llamadas inhabilidades.

c.2.1. Delación de los cargos:

En lo que respecta a la delación, se llama así a las maneras de determinar a los titulares de los cargos tutelares y se distingue entre la *delación paterna*, llamada también "testamentaria", cuando son los padres del pupilo o uno de ellos, los que designan al titular del cargo; la *delación legitima*, cuando la designación es hecha directamente por la ley y la *delación dativa*, cuando el nombramiento es realizado por el juez.

c.2.1.1. Designación del tutor:

La delación del cargo de tutor permanente quizá no es la primera que se produce, cronológicamente hablando, pero es la más importante. En todo caso, la delación paterna prevalece sobre las demás, fundamentándola la ley en el natural afecto de los padres hacia sus hijos, por lo que el nombramiento que ellos hagan priva sobre cualquier otro, salvo aquellos casos donde la conducta del padre desvirtúa esa presunción de afecto. El designar tutor es una facultad de los padres que deriva del poder de la patria potestad, siendo por tanto un atributo personal, intransferible e indisponible y tiene su fundamento legal en el artículo 307 C.C:

> **Artículo 307**. Los padres podrán nombrar un tutor y un protutor para todos o para varios de sus hijos, o un tutor y un protutor para cada uno de ellos.

Desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, el acto por el cual se designa tutor a los hijos es un negocio jurídico unilateral y esencialmente revocable, y puede ser un negocio *inter vivos* o *mortis causa* (aunque se acostumbre llamar delación testamentaria, no es necesariamente un acto de última voluntad, pero normalmente se realizaban los nombramientos en el testamento). Hay normas precisas dentro del Código Civil que condicionan la validez del nombramiento, y son las siguientes:

a. Se requiere que el nombramiento haya sido hecho por el padre o la madre que estaba en ejercicio de la patria potestad

en el momento de la designación y en caso de nombramientos sucesivos, prevalecerá el efectuado en último término (art. 305 C.C).

b. La designación debe ser realizada en escritura pública o testamento (art. 307 C.C).

c. En el momento de la apertura de la tutela, el padre o la madre designados deben estar en el ejercicio de la patria potestad, o caso contrario, que hubieran perdido dicho ejercicio por causa de locura o ausencia (art. 306 C.C).

Si no hubiere sido designado el tutor por el padre o la madre, la tutela corresponde de derecho al abuelo o a la abuela sobreviviente; es lo que se conoce como *delación legitima*, y encuentra su fundamento en el artículo 308 C.C:

> **Artículo 308**. Si no hubiere tutor nombrado por el padre y la madre, la tutela corresponde de derecho al abuelo o a la abuela sobreviviente; si existe más de uno, el Juez podrá acordarla a cualquiera de los abuelos, tomando en cuenta el interés, la salud, el bienestar del menor, y después de haber oído a éste, si tiene más de doce (12) años de edad.

En este caso, el legislador la otorga de derecho a los abuelos, habida consideración que estos profesan por sus nietos un afecto similar al paterno.

En cambio, la *tutela dativa* procede cuando no hay tutor designado por los padres ni tutor legítimo. Estos casos, quien realizará el nombramiento del tutor será el juez quien preferirá a los parientes del menor dentro del cuarto grado; debiendo oírse previamente al Consejo de Tutela. Esta forma de delación está expresamente prevista en el artículo 309:

> **Artículo 309**. A falta de los tutores anteriores, el Juez de Primera Instancia, oyendo antes al Consejo de Tutela, procederá al nombramiento del tutor.
> Para dichos cargos serán preferidos, en igualdad de circunstancias, los parientes del menor dentro del cuarto grado.

Por otra parte, el juez debe sujetarse a ciertas normas del Código Civil:

a. No podrá nombrar más de un tutor para todos los niños, niñas y adolescentes que sean hermanos (art. 310).

b. En caso de oposición de intereses entre varios niños, niñas y adolescentes sujetos a la misma tutela, se les nombra un curador especial a cada grupo que tenga intereses semejantes (art. 310). Es de aclarar que las funciones de este curador son transitorias, es decir, mientras dure el negocio de que se trate.

c. Hay que tener en cuenta la facultad que el artículo 311 concede al testador o donante para nombrar al niño, niña y adolescente o al entredicho heredero, legatario o donatario, un curador especial para la administración de los bienes que le transmite, aunque los niños, niñas y adolescentes estén bajo patria potestad o tengan tutor e incluso puede dispensarlo del deber de rendir cuentas de la administración y de presentar estados anuales. Esto último sólo en lo que respecta al bien donado o dejado en herencia.

c.2.1.2. Designación del Protutor:

La delación paterna en la protutela es idéntica a la del cargo del tutor, previstas ambas en el artículo 307 C.C, ya comentado, por lo tanto, el padre, o la madre correspondiente pueden nombrar tanto al tutor como al protutor o limitarse al nombramiento de uno u otro. A diferencia del cargo de tutor, no existe una delación legítima, y a falta de designación paterna, procede la delación dativa.

c.2.1.3. Designación de los miembros del Consejo de Tutela:

Expresamente la ley no ha establecido la delación paterna, pero a tenor de lo dispuesto en el artículo 326 C.C, si el padre y la madre que ejerzan la patria potestad, hubieran designado en su testamento o por escritura pública personas para constituir el Consejo de Tutela, el juez hará su constitución con cuatro de ellas, o cuando falten o estén impedidas, hará la escogencia entre las otras. Si el padre o la madre no han escogido

personas para constituir dicho consejo, el juez nombrará cuatro de los parientes más cercanos del niño, niña o adolescente. Si hubiere próximos parientes en ambas líneas, se escogerán los cuatro de una y otra, siempre que fueren del mismo grado y a falta de aquellos el tribunal designará personas de mayor edad que gocen del buen concepto público, prefiriendo, en igualdad de circunstancias, a los relacionados y amigos habituales de la familia del niño, niña o adolescente. La falta de alguno de los miembros del Consejo, será suplido por designación que hará el juez según el caso. No se designarán parientes de un grado, sino cuando en el que le precede no haya número suficiente de parientes para constituir el consejo, pero el juez designará libremente los miembros que han de constituir aquél si no se conocieran parientes o si éstos fueren de un grado más lejano que el tercero (art. 325).

c.2.2. Inhabilidades absolutas y relativas:

Para ocupar los cargos tutelares pueden ser designadas todas las personas que no sean inhábiles, conforme a la ley. Según Aguilar Gorrondona, las inhabilidades establecidas tienen por finalidad excluir de los cargos tutelares a ciertas categorías de personas que por diversas circunstancias considera el legislador que no ofrecen el mínimo de idoneidad para ejercer el cargo en debida forma. Estas inhabilidades pueden ser absolutas o relativas, según que la persona afectada no pueda ser designada para cargos tutelares en ninguna tutela o sólo en la de uno o más niños, niñas y adolescentes determinados y se encuentran enumeradas en el artículo 339 del Código Civil:

c.2.2.1. Inhabilidades absolutas:

a. Los que no tengan la libre administración de sus bienes: vale decir: los niños, niñas y adolescentes; los entredichos, los inhabilitados y los fallidos (art. 339, ord. 1º).

b. Los que carecen de domicilio y no tienen residencia fija (art. 339, ord. 2º).

c. Los que hayan sido removidos de una tutela o privados de la patria potestad sobre sus hijos (art. 339, ord. 3º).

d. Los que hayan sido condenados a alguna pena que lleve consigo inhabilitación o interdicción (art. 339, ord. 4º).

e. Los que no tengan oficio o modo de vivir conocido, o sean notoriamente de mala conducta (art. 339, ord. 5º).

f. Los adictos alcohólicos y los fármacodependientes habituales (art. 339, ord. 8º).

c.2.2.2. Inhabilidades relativas:

a. Los que tengan o se hallen en circunstancias de tener, o cuyo padre, madre o descendientes o cónyuges, tengan o se hallen en circunstancias de tener con el niño, niña y adolescentes un pleito en que se ponga en peligro el estado civil de ellos o una parte de sus bienes (art. 339, ord. 6º).

b. Los Jueces de Primera Instancia en lo Civil y los Jueces del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, cuando estos o sus bienes estén en el territorio de su jurisdicción (art. 339, ord. 7º).

c. Los excluidos expresamente por los progenitores en ejercicio de la patria potestad (art. 339, ord. 9º).

Finalmente debemos destacar que si el inhábil ha aceptado un cargo, tal aceptación está viciada de nulidad absoluta, por ser la disposición del artículo 339 que comentamos, una norma en la que está interesado el orden público.

c.3. Asunción de los cargos por sus titulares:

Asumir los cargos permanentes en la tutela constituye un deber, ya que como señalamos anteriormente, la tutela es una carga social, entendiéndose como tal, un oficio obligatorio. Debe entenderse por asunción del cargo, según la definición de Aguilar Gorrondona, la acción y el efecto de tomar para sí el cargo correspondiente, lo

cual se realiza mediante la aceptación del mismo[6]. La asunción de un cargo permanente en la tutela ordinaria de menores no coincide necesariamente con el inicio del ejercicio de las funciones especificas de dicho cargo por parte del titular que lo haya asumido, ya que la ley exige en ciertos casos el cumplimiento de formalidades previas y en otros casos, como en el de los miembros del Consejo de Tutela, pueden haber asumido el cargo muchos antes de ser convocados o de que sus miembros deban realizar alguna función.

Todas las personas designadas para los cargos en la tutela ordinaria de menores tienen, en principio, el deber de asumir los cargos, siempre y cuando la designación sea válida y que dichas personas no hayan sido legalmente excusadas por una decisión judicial firme. Señala Aguilar Gorrondona "...el deber de asumir los cargos permanentes de la tutela ordinaria de menores alcanza incluso a las personas que, designadas válidamente para los mismos, se encuentran en un supuesto de "excusa", ya que las "excusas" no producen la exoneración del deber correspondiente de pleno derecho, sino que tal efecto de exoneración sólo deriva de la decisión firme que las declara con lugar"[7].

c.3.1. Las excusas de los cargos de la tutela:

Debemos distinguir entre los cargos de tutor, protutor y suplente del protutor y de los miembros del Consejo de Tutela:

c.3.1.1. Excusas de los cargos de tutor, protutor y suplente del protutor:

Los supuestos están taxativamente enumerados en el artículo 342 del Código Civil, que seguidamente analizamos:

1. Los militares en servicio activo y los ministros de cualquier culto: Como el artículo es de interpretación restrictiva, se requiere que los militares se encuentren en servicio activo, lo que excluye a los asimilados, los de la reserva no movilizados y los que estén en situación de retiro. Por otra parte, hay excusa

---

6 José Luis Aguilar Gorrondona: *Necesidad, Apertura y Constitución de la Tutela Ordinaria de Menores en el Derecho Venezolano.* Caracas. Universidad Central de Venezuela, Publicaciones de la Facultad de Derecho, Vol. XXVI, 1962, p. 195.

7 Ibídem, p. 199.

para los "ministros de cualquier culto", lo cual es un poco difícil de precisar, ya que al no distinguir el legislador, la excusa vale para cualquier culto y no sólo el católico donde es posible saber quienes son sus ministros en el Código de Derecho Canónico. Para otros cultos, Aguilar Gorrondona opina que la única guía segura para determinar si una persona es o no ministro de culto es atender a la calificación que de sus fieles o prosélitos haga la propia organización religiosa a la cual pertenezca[8].

2. *Los que tengan bajo su potestad tres o más hijos*: Se fundamenta esta excusa en que para una persona con tres o más hijos bajo su potestad, el ejercicio de los cargos tutelares es más gravoso que para otras personas. Insistimos en que sólo se computan los hijos que se tengan bajo la patria potestad, excluyendo a los mayores, los menores emancipados y los simplemente concebidos.

3. Los que fueran tan pobres que no puedan atender a la tutela sin menoscabo de su subsistencia: Aguilar Gorrondona señala que debe entenderse por menoscabo de subsistencia la imposibilidad moral o sea, conforme a las reglas generales de la vida humana apreciada "*in concreto*" en que se encontraría la persona designada de satisfacer las necesidades propias y de las personas a quienes deban proporcionarse alimentos dentro del nivel mínimo correspondiente a la propia situación social y de la medida de las obligaciones alimentarias[9]. No debe confundirse este supuesto de excusa con la inhabilidad para ocupar cargos de la tutela por no tener oficio o modo de vivir conocidos, ya que la excusa puede darse aún cuando la persona tenga un oficio o modo de vivir conocido.

4. *Los que por el mal estado habitual de su salud, no pudieran atender el cargo*: El legislador no distingue entre la mala salud física o mental, ya que es posible la existencia de casos en que la mala salud mental no sea tan grave como para configurar

8 José Luis Aguilar Gorrondona: *Necesidad, Apertura y Constitución...* op. cit., p. 212.
9 Ibídem, pp. 215 y 216.

un supuesto de inhabilidad. Se requiere que ese mal estado de salud sea habitual, por lo que si es ocasional o temporal, no justifica la excusa y además debe impedir cumplir con el cargo. Todas estas circunstancias de hecho deben ser apreciadas por los jueces en el caso concreto.

5. *El tutor o curador de otra persona*: Aunque el legislador no lo establece, se entiende que deben ser tutores o curadores permanentes, excluyéndose a los tutores o curadores interinos o *ad-hoc*, por ser sus funciones transitorias. Debe destacarse que la excusa no alcanza a los protutores o miembros del Consejo de Tutela de otra persona.

6. *Los que no sepan leer ni escribir*: El sólo hecho de ser analfabeta no implica que la persona sea inidónea para ejercer funciones de tutor o protutor; pero el legislador otorga a tales personas la posibilidad de solicitar la excusa del cargo, ya que puede ser un obstáculo el no saber leer ni escribir, en el momento de administrar el patrimonio del pupilo.

7. *Los impedidos*: La inclusión de los impedidos es una innovación de la reforma de 1982 y ha sido interpretado el término según algunos autores, como la posibilidad de los de edad avanzada de solicitar la exención del deber de asumir el cargo. Quienes sostienen este criterio aseguran que los impedidos son los mayores de sesenta años, a los que el código anterior permitía excusarse, opinión que no compartimos, ya que si anteriormente de manera expresa el legislador permitía excusarse a los mayores de esa edad y en la reforma lo eliminó, a nuestro entender quiso con la mención de "impedidos" no restringir el límite de edad y poder incluir otras circunstancias. En todo caso, sea por razones de edad avanzada, o por cualquier otro "impedimento", estas son circunstancias de hecho que deben ser valoradas por el juez en el caso concreto.

c.3.1.2. Excusas de los miembros del Consejo de Tutela:

A diferencia del cargo de tutor y protutor, el Código Civil no establece expresamente supuestos de excusa. Implícitamente reconoce este derecho en el artículo 327, cuando faculta al juez, en razón de la distancia u otros motivos justos, para excusar a las personas que lo solicitaren, tanto de asumir el cargo de miembro del Consejo de Tutela como del deber de asistir personalmente a las sesiones. El juez decide sin ningún procedimiento particular y sin necesidad de cumplir las formalidades establecidas para las excusas de la tutela y protutela.

c.3.2. Procedimiento para proponer las excusas:

Las excusas deben proponerse ante el juez que conoce de la tutela, entendiendo que si se admite la tutela o protutela no obstante tener excusa, se renuncia tácitamente a la exención que concede la ley (artículos 343 y 344 C.C). Estas excusas deben proponerse dentro de tres días después de la notificación del nombramiento, más el término de la distancia computado de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil si el nombrado no estuviere presente. Respecto del tutor legítimo, los tres días corren desde que tenga conocimiento del hecho que motiva su encargo (artículo 345 C.C). El juez, previa comprobación de la causa alegada, con intervención del tutor interino que nombrará y previo dictamen favorable del Consejo de Tutela podrá aceptar la excusa. Si el fallo fuere negativo, el interesado podrá apelar y contra la decisión del superior no habrá recurso (art. 346 C.C).

c.3.3. Sanciones al incumplimiento del deber de asumir los cargos tutelares:

El Código Civil establece sanciones pecuniarias y la remoción del cargo, con la consiguiente indemnización de perjuicios. En este sentido, tanto el artículo 317 como el 332, disponen sanción genérica de multas tanto al tutor, protutor o miembros del Consejo de Tutela cuando contravinieren a sus deberes legales. Por otra parte, el no asumir el cargo se encuadra dentro del ordinal 3º del artículo 340, que sanciona con la remoción del cargo a los que se condujeren mal en la tutela respecto de la persona del menor, o en la administración de sus bienes.

c.4. Formalidades previas para el ejercicio de la tutela

Debemos precisar ante todo, qué se entiende por formalidades. Según Aguilar Gorrondona, son todos aquellos presupuestos cuya realización exige la ley para que los titulares de los cargos que ya los han asumido válidamente, puedan entrar en el ejercicio de las funciones correspondientes[10]. En nuestro derecho, sólo se exige el cumplimiento de tales formalidades al tutor, por consiguiente el protutor y los miembros del Consejo de Tutela empiezan a ejercer su cargo una vez que los han asumido.

Estas formalidades que debe cumplir el tutor, son las siguientes:

c.4.1. Que se haya nombrado protutor:

La importancia de este cargo radica en que el protutor va a obrar por el niño, niña o adolescente y lo representa en los casos en que sus intereses estén en oposición con los del tutor, además que está obligado a vigilar la conducta del tutor. La necesidad del nombramiento del protutor existe en toda tutela, incluso cuando el tutor sea abuelo o abuela del pupilo y no pueden los padres, en la delación paterna hecha en escritura pública o testamento, establecer disposición alguna donde se manifieste su voluntad de que no haya protutor. La disposición del artículo 336 del Código Civil, donde dice que no puede el tutor entrar en ejercicio del cargo si no hay protutor, es una norma de orden público.

La facultad de nombrar protutor y suplente de éste, le corresponde, en principio, a los padres (artículos 305 y 307 C.C) y en su defecto, al juez que conozca de la tutela (artículo 335 C.C); pero si no obstante la obligación del juez de hacerlo no realiza el nombramiento, quien debe promover tal nombramiento es el mismo tutor, tal como lo señala el artículo 336 C.C:

> **Artículo 336**. El tutor no podrá entrar en el ejercicio de la tutela si no hay protutor; y no habiéndolo, el tutor deberá promover inmediatamente su nombramiento...

10 José Luis Aguilar Gorrondona: *Necesidad, Apertura y Constitución...* op. cit., p. 253.

La ley, en realidad, no impone una forma especial para que el tutor promueva el nombramiento, pero si establece sanciones en el caso del incumplimiento del deber señalado. Estas sanciones son de dos tipos: una sanción pecuniaria, que se traduce en el resarcimiento de todos los daños y perjuicios que la omisión o retardo culpable le causen al pupilo y la remoción. La remoción es potestad del juez, no así el resarcimiento de los daños y perjuicios.

c.4.2. Formación y consignación del inventario inicial de losB i e n e s del pupilo

c.4.2.1. Importancia: El deber de realizar y consignar un inventario de todos los bienes del pupilo en la fase de constitución de la tutela, surge siempre, aún en los casos de la tutela legitima. El legislador exige el cumplimiento de este requisito por muchas razones, entre las que podemos señalar las siguientes: En base al inventario se determina la caución que debe prestar el tutor, así como la extensión de su responsabilidad al cesar el cargo y facilita la prueba para saber si el tutor ha cumplido con el deber de entregar el patrimonio del pupilo.

c.4.2.2. Personas que lo realizan: El inventario lo harán el tutor, el protutor y los miembros del Consejo de Tutela, sin necesidad de asistencia del juez (art. 352 C.C). El pupilo, no tiene ninguna intervención en la formación del inventario. La ley prevé (art. 352 C.C.) que en caso de inventariarse bienes situados en distintos lugares, el tribunal dará comisión al juez local para que constituya un Consejo Auxiliar de Tutela y reciba y envíe el inventario formado.

c.4.2.3. Inicio: Dispone el Código Civil, en su artículo 351, que el tutor, dentro de diez días *de* estar en conocimiento de su llamamiento, procederá a la formación del inventario, con intervención del Consejo de Tutela. Procederá el tutor a la formación del inventario en el término de diez días contados a partir de aquel en que el tutor llega a tener conocimiento de su llamamiento.

c.4.2.4. Contenido del Inventario: Como regla general, el inventario debe comprender todos *los* elementos, activos y pasivos, del patrimonio del pupilo.

> **Artículo 353.** El inventario debe indicar los muebles, créditos, deudas, escrituras, papeles y notas relativas a la situación activa y pasiva del menor y designar también los inmuebles. La estimación de los muebles y la descripción del estado de los inmuebles, y su valor, por lo menos aproximado, se harán en todo caso.

Como se desprende de la disposición transcrita, existen reglas específicas según se trate de activos o pasivos, y dentro de los primeros, hay formas especiales para describir los muebles e inmuebles:

Si se trata de *bienes muebles*, la ley dice que deben indicarse y estimarse. Debe, por tanto, incluirse todo tipo de bien mueble (por su naturaleza, por el objeto a que se refieren o por determinarlo así la ley: artículos 531 y siguientes del Código Civil). Si son bienes muebles que consisten en cuerpos ciertos y determinados, deben identificarse de la forma más precisa posible; mientras que si son bienes genéricos, debe indicarse su calidad y cantidad. Especial mención merece la inscripción en el inventario de todo crédito que el tutor tuviere a favor del pupilo sancionando su omisión con la remoción del cargo (art. 358 C.C). Además de la indicación de los muebles, el inventario debe contener una estimación de su valor.

Respecto de los *bienes inmuebles*, el inventario debe designarlos, describir su estado e indicar su valor (al menos, su valor aproximado). Normalmente los inmuebles se designan enunciando su situación y linderos, con indicación del título de propiedad, además de señalar los derechos que tenga el pupilo sobre tales inmuebles (propiedad, usufructo, hipoteca, uso, etcétera) y las cargas o gravámenes que pesen sobre ellos (servidumbres, hipotecas, embargos, etcétera). La descripción de su estado se refiere al estado físico en que se encuentran; muestra que el valor a indicar es un valor "aproximado", por lo que no es necesario anexar avalúos ni realizar peritaje alguno para determinarlo.

También deben incluirse en el inventario, todos los elementos que integren el *pasivo* del niño, niña o adolescente, y aunque no lo diga la norma expresamente, ese pasivo debe ser estimado. Se comprenden dentro del pasivo todas las garantías constituidas sobre el patrimonio del pupilo para responder de sus obligaciones. Especial mención merece la

disposición contenida en el artículo 358, que ordena la inscripción en el inventario de todo crédito que tenga el tutor contra el niño, niña o adolescente. Además, la ley ordena señalar en el inventario *las escrituras, papeles y notas relativas a la situación activa y pasiva del menor*; aunque no dice de qué manera se realiza tal identificación. De todas formas, debe señalarse la existencia de tales papeles y escrituras, sin transcribir su contenido; y si no se encuentran, igualmente debe hacerse mención de la búsqueda efectuada, para evitar que se acuse a las personas encargadas de formar el inventario, de no haber cumplido sus obligaciones.

c.4.2.5. Término para efectuarlo: El inventario deberá terminarse dentro de treinta días, pero el juez podrá prorrogar este término si las circunstancias lo exigieren (art. 351 C.C). Aunque no lo diga expresamente la ley los treinta días deben contarse luego que expire el lapso inicial de diez días que tiene el tutor para proceder a la realización del inventario, conforme señala el mismo artículo 351. Una vez solicitada la prórroga, es potestativo del juez concederla o negarla. En el primer caso, establece también su duración, sin perjuicio de que pueda conceder nuevas prorrogas cuantas veces lo creyere conveniente, siempre a solicitud de parte interesada, ya que el juez no puede proceder de oficio en esta materia.

c.4.2.6. Consignación del Inventario: El inventario se consignará en el tribunal que ejerce la jurisdicción ordinaria, o en el comisionado, por las personas encargadas de formarlo (art. 355 C.C). La ley no establece plazo alguno para consignarlo, por lo que tal obligación es exigible al día siguiente de aquel en que expiró el plazo para formar el inventario. Debe entregarse en el tribunal, y las personas encargadas de formarlo tienen que prestar juramento de haberlo efectuado con exactitud y tal circunstancia debe hacerse constar en el acta que se levante (art. 355 C.C).

c.4.2.7. Sanciones: Toda omisión o falta cometida por el tutor, protutor y miembro del Consejo de Tutela o por las personas llamadas a hacer sus veces respecto de las obligaciones que tienen por la formación y consignación del inventario, hace responsables solidarios a quienes cometieran esa falta u omisión, de los perjuicios que se ocasionen al niño, niña o adolescente (art. 356 C.C). Adicionalmente se les castiga con multas por cada falta (art. 357 C.C) y prevé la ley la remoción del cargo (art. 340, ord. 2º C.C).

c.4.3. Aseguramiento de las resultas de la administración del tutor:

c.4.3.1. Generalidades: Una vez realizado el inventario inicial de los bienes del pupilo, el tutor debe dar una caución real o personal, cuya cantidad la determinará el juez. Este deber se impone a cualquier tutor llamado por delación paterna o por nombramiento judicial, pero se exime de ella al tutor legítimo, es decir, al abuelo o abuela del pupilo; y está expresamente consagrado en el artículo 360:

> **Artículo 360.** Concluido el inventario, el tutor que no sea abuelo o abuela, debe dar caución real o personal. El Juez determinara la cantidad por la cual se ha de dar la caución...

c.4.3.2. Forma de prestar la garantía: Como se desprende del citado artículo 360, el tutor facultativamente escoge entre una caución real o personal. Si el tutor no elige, se constituye una hipoteca sobre los bienes que determine el Consejo de Tutela, y si no aparecen bienes suficientes, se procederá al nombramiento de un nuevo tutor:

> **Artículo 360**. ...Cuando el tutor no ofreciere otro género de caución, el Consejo de Tutela determinará los bienes de aquél sobre los cuales se debe constituir la hipoteca; y si, en el mismo caso, no tuviere el tutor bienes suficientes, se procederá al nombramiento de otro…

En principio, el tutor sólo está obligado a soportar la hipoteca legal, que va a garantizar las resultas de la administración del tutor, pero sin incluir otros créditos que pueda llegar a tener el pupilo frente al tutor. Al ser una hipoteca, debe garantizar una determinada cantidad de dinero, cuyo monto corresponde al juez, sin intervención del Consejo de Tutela (art. 360, 1er. Aparte C.C). El juez, a objeto de fijar el monto, actúa discrecionalmente sin que exista norma alguna en la materia. Por otra parte, la hipoteca no es indeterminada, sino que recae sobre bienes señalados por el Consejo de Tutela, bienes que en todo caso deben ser suficientes para cubrir el monto fijado por el juez. La constitución de esta hipoteca, para que tenga validez, requiere ser registrada ante la respectiva Oficina de Registro Público (art. 1.879). Por otra parte, el juez, en el transcurso de la tutela puede aumentar (nunca disminuir) la caución ya exigida, y a solicitud del tutor, puede permitir la sustitución

de ella por otra, con tal que no pueda resultar de ello perjuicio alguno. (art. 361 C.C).

c.4.3.3. Sanciones: La remoción del tutor de su cargo y la condena a indemnizar los perjuicios que se hayan ocasionado al niño, niña o adolescente (art. 340, ord. 1º C.C).

c.4.4. El discernimiento del cargo:

c.4.4.1. Generalidades: Señala Aguilar Gorrondona que, en sentido propio, discernimiento del cargo *de* tutor ordinario permanente de menores es, en nuestro Derecho Positivo vigente, el acto judicial de autorizar a una persona determinada, para entrar en ejercicio del referido cargo. Por extensión, se llama también discernimiento, al instrumento del cual consta el acto judicial arriba definido[11]. El discernimiento es entonces, un documento, expedido por el Tribunal, donde consta el carácter de representante legal que tiene el tutor. El exigir este requisito tiene una doble finalidad: servir de medio de prueba del cumplimiento de las demás formalidades previas para el ejercicio del cargo y poder demostrar el tutor que está debidamente autorizado para ejercerlo. El discernimiento es obligatorio, pero se exime de este requisito cuando el titular del cargo sea abuelo o abuela del pupilo:

> **Artículo 312.** Con excepción de los abuelos y abuelas, los demás tutores de quienes se ha tratado en los artículos precedentes necesitan discernimiento para ejercer su encargo.

c.4.4.2. Forma: Siempre el discernimiento del cargo de tutor ordinario permanente se realiza mediante un decreto judicial, siendo el juez que conoce en primera instancia de la constitución de la tutela, el competente para emitirlo. En cuanto a las menciones que debe contener dicho decreto, están expresamente enumeradas en el artículo 413.

> **Artículo 413.** Los discernimientos del cargo de tutor o curador deberán protocolizarse en el Registro Público de la jurisdicción del domicilio del menor o del entredicho para el momento de la apertura

11 José Luis Aguilar Gorrondona: *Necesidad, Apertura y Constitución...* op. cit., pp. 322 - 323.

de la tutela o curatela, dentro de quince días a contar desde que el nombrado entre en ejercicio de sus funciones.
El discernimiento debe contener:
1º El nombre, apellido, edad y domicilio de la persona sometida a tutela o curatela.
2º El nombre, apellido, edad y domicilio del tutor y protutor, o del curador, debe hacerse mención del título que confiera la cualidad de tutor, protutor o curador y de que han sido cumplidas todas las formalidades legales para el ejercicio del cargo.

Una vez registrado[12], el decreto debe publicarse por la prensa dentro de los quince días después de su fecha (art. 415 C.C); debiendo los jueces de primera instancia velar por el cumplimiento de estas formalidades. Al efecto, exigirán que se lleven al respectivo expediente la constancia de haberse efectuado el registro y la publicación, imponiendo, como única sanción, multa a sus infractores (art. 416 C.C).

III. La Tutela Interina

Finalmente debemos señalar que, por cuanto el procedimiento para la constitución de la tutela puede requerir un tiempo más o menos prolongado, el legislador ha previsto que, mientras el tutor entre en ejercicio del cargo, el juez puede nombrar un tutor interino. Sus funciones se limitan a la responsabilidad de crianza y a los actos de administración y conservación indispensables, pudiendo ser autorizado dicho tutor, en forma especial y previa opinión del Consejo de Tutela, en casos de necesidad urgente, de ejecutar un acto de exceda de la simple administración (artículos 313, 315 y 324 C.C). Para nombrar el tutor interino se prefiere, en igualdad de circunstancias, a los parientes del niño, niña o adolescente o a los amigos de su familia (artículo 314 C.C). Este tutor interino no está sujeto al cumplimiento de las formalidades previas para el ejercicio del cargo de tutor permanente, pero el juez puede dictar cualquier medida que considere oportuna para evitar perjuicios al niño, niña o adolescente (artículo 313, encab C.C). La ausencia de formalidades previas se justifica por el corto tiempo de su gestión, ya que la tutela interina cesa al entrar

12 Aunque el Código Civil dice que debe registrarse en la Oficina de Registro Público, en realidad el registro del discernimiento del cargo se hace ante el Registro Civil, tal como lo señala la Ley Orgánica de Registro Civil, publicada en la Gaceta Oficial No. 39.264 del 15 de septiembre de 2009, en su artículo 3, numeral 8.

el tutor ordinario permanente en ejercicio de sus funciones (artículo 316 C.C).

También procede el nombramiento de un tutor interino mientras esté en curso el juicio ordinario de remoción del tutor permanente, si así lo creyere conveniente el Consejo de Tutela, a quien consultará el juez, de conformidad con lo previsto en el artículo 341 C.C.

Capítulo 20

Tutela de niños y adolescentes (ii) Funcionamiento y extinción[1]

SUMARIO

A. Funcionamiento de la tutela: I. Funciones del tutor: La responsabilidad de crianza del pupilo. a. Generalidades. b. Extensión de la responsabilidad de crianza. c. Sanciones. El poder de representación. a. Generalidades. b. Extensión del poder de representación. c. Sanciones. El poder de administración. a. Generalidades. b. Extensión del poder de administración. c. Obligaciones del tutor en la administración. d. Remuneración del tutor. e. Responsabilidad del tutor. II. Funciones del protutor. III. Funciones del Consejo de Tutela. B. Extinción de la tutela ordinaria. I. Formas de extinción: a. Extinción absoluta. b. Extinción relativa. II. Obligaciones del tutor al finalizar la tutela. a. Rendición de cuentas. b. Entrega de bienes. V. Prescripción de las acciones del pupilo.

A. FUNCIONAMIENTO DE LA TUTELA

I. Funciones del Tutor

La tutela, al igual que la patria potestad, tiene una finalidad de protección: amparar al niño, niña o adolescente en su persona y en sus bienes; así lo prevé el artículo 347 del Código Civil[2]. Como se desprende de la norma citada, las funciones del tutor son similares a las del padre o madre en ejercicio de la patria potestad y se resumen en la responsabilidad de crianza del pupilo, su representación legal y la administración de sus bienes, que examinaremos separadamente.

---

1 Annalisa Poles de Graciotti. Profesora de la Universidad Católica del Táchira.
Correo electrónico: apoles@ucat.edu.ve.

2 Artículo 347. El tutor tiene la guarda de la persona del menor, es su representante legal y administra sus bienes.

La Responsabilidad de Crianza del Pupilo

a. Generalidades

La convivencia con el niño, niña o adolescente es una obligación natural de la tutela, ya que éste requiere de una asistencia directa y el control y orientación en sus actividades. Sin embargo, no debemos extremar este principio, ya que al igual que ocurre en la patria potestad, esta responsabilidad no supone necesariamente que el pupilo permanezca exclusivamente con el tutor, pero si la posibilidad de vigilancia o control sobre él.

b. Extensión de la Responsabilidad de Crianza

En principio, al tutor corresponde la tenencia del niño, niña o adolescente, la obligación de manutención, su educación y el poder de corrección, pero estas facultades no tienen la misma amplitud que se le otorga a los padres en ejercicio de la patria potestad. Así tenemos que en los casos en que el tutor no sea abuelo o abuela del pupilo, el tribunal debe determinar el lugar en que deba ser criado éste y la educación que deba dársele. Para decidir, el juez debe oír previamente al Consejo de tutela y al niño, niña o adolescente, si tiene más de diez años. Si la determinación del tribunal no fuere conforme con la opinión del consejo, se remitirán las diligencias al Superior para que decida, cumpliéndose mientras tanto lo determinado por el tribunal[3]. Y aunque el niño, niña o adolescente, debe obediencia al tutor; y es necesario que el niño, niña o adolescente cumpla con esta obligación para correlativamente permitirle al tutor el ejercicio de sus funciones, éste puede aplicar los correctivos adecuados, con las limitaciones que la ley especial le impone incluso a los mismos padres[4].

c. Sanciones

Si el tutor incumple sus obligaciones en la responsabilidad de crianza, puede ser sancionado con:

c.1. La indemnización de todos los daños y perjuicios que le ocasione al pupilo.

3 Artículo 347 del Código Civil.
4 En efecto, el artículo 358 de la LOPNNA prohíbe cualquier tipo de correctivos físicos, violencia psicológica o trato humillante en perjuicio de cualquier niño, niña o adolescente.

c.2. Frente a los terceros, el tutor es responsable del daño ocasionado por el hecho ilícito de los menores que habiten con ellos, en los términos del artículo 1.190 C.C.

c.3. La remoción del cargo (art. 340, ord. 3º C.C).

c.4. Si el tutor abusare de su autoridad o faltare a sus obligaciones, el menor podrá presentar sus quejas al protutor y participarlo al tribunal, a fin de que proceda a averiguar la verdad y a dictar las medidas legales conducentes (art. 350 C.C).

c.5. El tutor puede tener una responsabilidad penal por diversos delitos, entre ellos el abandono de niños o de otras personas incapaces de proveer a su propia salud (art. 435 y 436 del Código Penal); abuso en la corrección o disciplina o sevicias en la familia (art. 439, 440 y 441 *ejusdem*)[5].

El Poder de Representación

a. Generalidades

Como ya sabemos, se abre la tutela para los niños, niñas y adolescentes no emancipados que no están sujetos a la patria potestad, por lo que están afectados por una incapacidad negocial, plena y uniforme, por ello, en principio, la representación se extiende a todos los actos jurídicos del niño, niña o adolescente.

b. Extensión del Poder de Representación

La representación del pupilo le corresponde, en primer lugar, al tutor ordinario permanente desde que entra en el ejercicio de su cargo, pero excepcionalmente se atribuye a otras personas, tales como el protutor o un curador especial y por otra parte, no la tiene cuando se trata de actos estrictamente personales del niño, niña o adolescente o cuando éste puede realizarlos por tener capacidad.

5 Ley de Reforma Parcial del Código Penal, publicada en la Gacela Oficial Extraordinaria Nº. 5.768 de fecha 13 de abril de 2005.

b.1. Excepciones:

Corresponde la representación a un *curador especial* cuando:

b.1.1. Hay oposición de intereses entre los diversos pupilos sometidos a un mismo tutor (art. 310, aparte único C.C). Su fundamento radica en que el tutor no podría actuar en favor de uno de ellos sin perjudicar al otro que tenga intereses opuestos.

b.1.2. Cuando se trata del caso previsto en el artículo 311 del Código Civil; que permite al testador o donante nombrar un curador especial al niño, niña o adolescente para que administre los bienes que le transmite. Respecto de dichos bienes, ese curador especial tendrá la representación legal del niño, niña o adolescente.

Corresponde la representación legal al *protutor* cuando:

b.1.3. Hay oposición de intereses entre el tutor y el pupilo (art. 337 C.C) excepto en los procedimientos de excusa o remoción del tutor (art. 341 y 346 C.C) y en el procedimiento de oposición al nombramiento del tutor.

b.1.4. Queda la tutela vacante o abandonada, respecto de los actos conservatorios o de simple administración que sean urgentes (art. 337, ord. 2º C.C).

Y el *tutor interino* representa al pupilo:

b.1.5. En los procedimientos de remoción o excusa del tutor.

b.1.6. Cuando el juez lo haya nombrado dentro del proceso de constitución de la tutela, pero necesita de autorización especial del juez y sólo dentro de los límites señalados en el artículo 313 C.C.

Finalmente debemos hacer una aclaratoria: todas las situaciones anteriores son excepcionales y las actuaciones de estas personas distintas del tutor permanente se limitan, única y exclusivamente, a los asuntos que motivan su designación y esto no contraría el principio vigente en nuestro ordenamiento jurídico, de la unidad tutelar, ya que aunque estas

situaciones especiales pueden traer como consecuencia que estas tutelas o curatelas especiales coexistan con la tutela (o la patria potestad) son de interpretación restrictiva.

b.2. Actos estrictamente personales:

Son aquellos actos respecto de los cuales no se admite la representación legal, ya que debe realizarlos la propia persona o un mandatario libremente escogido. Tenemos como ejemplo: el matrimonio, el testamento, las capitulaciones matrimoniales, etcétera.

b.3. Actos que puede libremente realizar el niño, niña o adolescente:

Son todos aquellos actos que el niño, niña o adolescente puede efectuar sin representación legal, por tener plena capacidad para realizarlos, o que simplemente requieren un régimen de asistencia por tener limitada capacidad.

c. Sanciones

Si el tutor efectúa algún acto excediendo los límites de su poder de representación o sin haber cumplido las formalidades legales pertinentes, dicho acto estaría viciado de nulidad relativa, que puede ser invocada por el propio niño, niña o adolescente, su representante o sus herederos o causahabientes (art. 386 C.C).

El Poder de Administración

a. Generalidades

Las funciones del tutor como representante del pupilo son semejantes a las que tienen los padres en ejercicio de la patria potestad, aunque el poder de administrar el patrimonio tiene unas limitaciones y vigilancia especial de la que se exime a los progenitores. Al ser el tutor un representante legal del pupilo incapaz, los actos que celebre recaen sobre el patrimonio de éste. En todos los negocios jurídicos que ejecute el tutor, deberá expresar la circunstancia de que actúa en nombre del pupilo, de no

hacerlo así, comprometería su responsabilidad personal sin obligar al niño, niña o adolescente cuando el negocio no le sea favorable.

b. Extensión del Poder de Administración

En cuanto a los bienes que son objeto de administración, caben las mismas limitaciones que tienen quienes ejercen la patria potestad. En principio, están sometidos a la administración del tutor todos los bienes que se encuentran en el patrimonio del pupilo, con las excepciones que señalaremos a continuación:

b.1. Excepciones:

b.1.1. Los bienes de cuya administración no podría ser privado el niño, niña o adolescente si estuviera bajo patria potestad, es decir, los adquiridos con ocasión de su trabajo u oficio, así como las rentas o frutos procedentes de los mismos, que serán percibidos y administrados por el adolescente si ha cumplido dieciséis (16) años en las mismas condiciones que un emancipado (art. 273 C.C).

b.1.2. Los bienes confiados al curador especial previsto en el artículo 311 del Código Civil.

b.1.3. Los bienes adquiridos por el pupilo en una sucesión en la cual el tutor era indigno de suceder.

b.1.4. Los bienes que se subroguen a los anteriores.

c. Obligaciones del tutor en la administración

Ya hemos dicho que si comparamos el poder de administración de los padres con el del tutor, se observa que este último está sujeto a una serie de normas cuyos objetivos son controlar, supervisar y asegurar al niño, niña o adolescente una adecuada protección en su patrimonio. Esta normas establecen un conjunto de obligaciones del tutor antes de entrar en el ejercicio del cargo y cuando se encuentra desempeñándolo.

c.1. Obligaciones del tutor antes de entrar en el desempeño de sus funciones:

c.1.1. Formación y consignación del inventario inicial de los bienes del pupilo.

c.1.2. Prestación de la caución real o personal.

c.1.3. Fijación del máximo de gastos para la manutención y educación del pupilo: Una vez formado y consignado el inventario inicial de los bienes del pupilo y el aseguramiento de las resultas de la administración del tutor, el tribunal procederá, oyendo el Consejo de Tutela, a la fijación del máximo de gastos para la manutención y educación del pupilo, tomando en cuenta la posición y circunstancias del mismo y principalmente la renta liquida de su fortuna. Esta fijación podrá alterarse según las circunstancias, oyendo siempre al Consejo de Tutela, y también podrá acordarse la compensación de frutos por alimentos [6] si después de prolijo examen, el Consejo lo creyere equitativo y el tribunal lo encuentre suficiente (art. 362 C.C).

c.2. Obligaciones del tutor una vez entrado en el ejercicio del cargo:

El tutor puede realizar libremente ciertos actos; para otros es necesario oír la opinión del protutor; otros debe realizarlos imperativamente; se le prohíben ciertos negocios jurídicos y se le impone el cumplimiento de formalidades habilitantes para actos que exceden de la simple administración. Examinaremos separadamente cada una de estas situaciones:

c.2.1. Actos que puede realizar libremente el tutor:

Como principio general, y aunque expresamente no lo señale el legislador, el tutor está obligado a procurar de los bienes del pupilo, toda la utilidad posible, efectuando sobre ellos los actos de administración

---

6 La compensación de frutos por alimentos consiste, básicamente, en que el tribunal autoriza al tutor a tomar los frutos del patrimonio del pupilo quien, en compensación, debe encargarse de la manutención del pupilo. Como de tales frutos no se rendirán cuentas, esta decisión sólo se acuerda después de un examen minucioso y siempre que también lo apruebe el Consejo de Tutela.

y conservación que sean pertinentes. La jurisprudencia francesa señala que corresponde al tutor asegurar los bienes contra incendios y accidentes; sanear los títulos de propiedad; pagar las deudas del pupilo para evitar embargos; pagar oportunamente todos los impuestos que graven la renta, el capital y los predios del menor; elegir y escoger mandatarios para la administración de los bienes cuando el tutor no pueda administrarlos directamente, etcétera.

Aguilar Gorrondona enumera entre estos actos el dar dinero en préstamo con garantía, dar o recibir préstamos que no sean en dinero; adquirir lo necesario para la economía domestica o la administración del patrimonio del pupilo; dar o tomar en arrendamiento bienes raíces por tiempo indeterminado, dar o tomar en arrendamiento bienes muebles, aceptar donaciones y legados no sujetos a gravámenes o condiciones; hacer donaciones manuales o remuneratorias; defender al pupilo en juicio; ordenar reparaciones mayores y menores, etcétera.

c.2.2. Actos que requieren de la opinión del Protutor:

El tutor no puede, sin oír previamente al protutor, promover acciones en juicio, con la excepción de las acciones posesorias, las relativas al cobro de frutos o rentas y aquellas que sean urgentes (art. 364 C.C).

Por otra parte, el tutor debe avisar al protutor de las cantidades que reciba por cancelaciones que se hagan al niño, niña o adolescente (art. 363 C.C) lo que se justifica por ser el protutor el órgano de vigilancia del tutor.

c.2.3. Actos que debe realizar el tutor:

En cuanto a los actos impuestos al tutor, además de la obligación de intervenir en la formación y consignación del inventario inicial de los bienes del pupilo; del inventario posterior, si adquiere nuevos bienes y de la obligación de asegurar las resultas de su administración, obligaciones que se cumplen antes de entrar en el ejercicio del cargo en su mayoría, el tutor durante el ejercicio de la tutela debe necesariamente:

c.2.3.1. Presentar estados de cuenta anualmente o cuando el tribunal lo exija (salvo si el tutor es abuelo o abuela del pupilo) (art. 377 C.C).

c.2.3.2. Avisar al protutor al recibir las cantidades que se le deban al menor (art. 363 C.C).

c.2.3.3. Cuando en el patrimonio del pupilo existan títulos de la deuda pública, bonos, rentas o acciones al portador, de empresa civiles o comerciales, el tutor procederá, con intervención del protutor, a convertirlos si fuere posible, en titulo nominativos a favor del menor (art. 366 C.C). Debemos aclarar que en nuestro derecho vigente no existen en la actualidad las acciones al portador.

c.2.3.4. Si en el patrimonio del pupilo se encontraren establecimientos de comercio, industria o cría, serán enajenados o liquidados por el tutor, con autorización del juez, pero podrán continuar los negocios de aquellos establecimientos si, a juicio del Consejo de Tutela, fuere manifiestamente conveniente y lo aprobase el Tribunal (art. 369 C.C).

c.2.3.5. El tutor procurará dar inmediatamente colocación a los fondos disponibles del pupilo, y si dejare de hacerlo sin causa razonable, será responsable del interés corriente en el mercado (art. 368 C.C).

c.2.4. Actos prohibidos al tutor:

En sentido general, las prohibiciones derivan de la finalidad propia de la administración tutelar que es la de conservar, hacer producir y de ser posible aumentar el patrimonio del pupilo, por lo que el tutor no puede ejecutar, en nombre y representación del menor, actos que produzcan empobrecimiento para éste sin contrapartida.

En materia contractual el tutor puede contratar con el pupilo, pero si existe oposición de intereses, será el protutor el representante del menor (art. 337 C.C); no obstante, hay prohibiciones para realizar ciertos contratos con el pupilo, así el tutor no puede (ni el protutor) comprar bienes del menor ni tomarlos en arrendamiento, ni hacerse cesionarios de créditos ni derechos contra él, como tampoco pueden adquirir de terceras personas los bienes del menor que hubieren enajenado (art. 370, en concordancia

con el artículo 1.482, ord. 2º C.C). Tampoco puede recibir donaciones del pupilo mientras no se hayan aprobado definitivamente las cuentas de la tutela, salvo que sea ascendiente, descendiente, cónyuge, hermano o hermana del pupilo (art. 1.436 en concordancia con el artículo 844 C.C).

En materia sucesoral no puede el tutor aceptar válidamente herencias sino a beneficio de inventario ni repudiar legados no sujetos a cargas ni condiciones (art. 367 C.C). Tampoco el tutor podrá aprovecharse de las disposiciones testamentarias de su pupilo, otorgadas antes de la aprobación de la cuenta definitiva de la tutela, con las mismas excepciones que mencionamos en materia de donaciones (art. 844 C.C).

c.2.5. Actos sujetos a la autorización Judicial:

El tutor no puede, sin autorización judicial:

c.2.5.1. Tomar dinero a préstamo en ningún caso ni darlo sin garantía.

c.2.5.2. Dar prendas o hipotecas.

c.2.5.3. Enajenar o gravar los bienes inmuebles o muebles, cualquiera sea su valor.

c.2.5.4. Ceder o traspasar créditos o documentos de créditos.

c.2.5.5. Adquirir bienes inmuebles o muebles, con excepción de los objetos necesarios para la economía doméstica o a la administración del patrimonio.

c.2.5.6. Dar ni tomar en arrendamiento bienes inmuebles por tiempo determinado.

c.2.5.7. Obligarse a hacer ni pagar mejoras.

c.2.5.8. En materia sucesoral no puede repudiar herencias, ni aceptar donaciones o legados sujetos a gravámenes o condiciones.

c.2.5.9. En el campo procesal no puede someter a árbitros los pleitos, transigir, convenir o desistir de las demandas ni llevar a cabo particiones (art. 365 C.C).

Para las autorizaciones judiciales rigen las normas del artículo 267 del Código Civil, que se refieren a la autorización para el padre o la madre en ejercicio de la patria potestad; pero tales autorizaciones sólo se otorgarán previa comprobación de los hechos que demuestren la evidente necesidad o utilidad del menor, pudiendo el juez pedir todos los datos que crea necesarios y aún exigir la presentación del inventario de los bienes del menor y la demostración del estado actual de ellos (art. 371 C.C). En el caso de venta de bienes inmuebles, se determinará si deba hacerse en pública subasta o por negociaciones privadas (art. 372 C.C). Antes de otorgar la autorización, el juez debe oír la opinión del Consejo de Tutela, que debe concretarse a los puntos o estipulaciones cuyo conjunto forma el acto o contrato, y si la decisión del juez no fuere conforme con la opinión del consejo, se remitirán las diligencias al juez superior para que decida (art. 373 y 374 C.C). La autorización del juez es especial para cada caso.

d. Remuneración del tutor

Aunque se mantiene el principio de que el ejercicio del cargo es gratuito, la ley prevé la posibilidad de remunerar al tutor por la administración de la tutela, por lo que sus funciones en cuanto a la responsabilidad de crianza y representación legal son gratuitas. El tribunal fijará la remuneración del tutor por la administración, no pudiendo exceder ésta del quince por ciento (15%) de la renta líquida (art. 375 C.C).

Este derecho lo pierde el tutor cuando, sin la debida autorización, él o alguno de sus descendientes contrae matrimonio con la persona sometida a tutela, antes de la aprobación definitiva de las cuentas (art. 58 y art. 131, ord. 2º C.C).

e. Responsabilidad del tutor

En general, el tutor es un administrador de bienes ajenos, por lo que responde hasta de su culpa leve, y debe indemnizar al pupilo de todos

los daños que por su administración se causen al patrimonio. Aunque no hay duda acerca de la responsabilidad del tutor como administrador, creemos que quien alegue dicha responsabilidad tiene la carga de probarlo, ya que no hay una presunción en el Código Civil venezolano de que el tutor obró con culpa[7]. Además de esta regla general, varias disposiciones establecen casos específicos donde hay responsabilidad y son los siguientes:

e.1. Toda omisión o falta cometida respecto a su obligación de hacer inventario, lo hace responsable de los perjuicios ocasionados al menor (art. 356 C.C). Esta responsabilidad es solidaria con el protutor y los miembros del Consejo de Tutela.

e.2. Si no coloca inmediatamente los fondos disponibles del menor, será responsable del interés corriente en el mercado (art. 368 C.C).

Puede concluirse diciendo que el tutor responde de sus omisiones y de sus culpas, ya que no cumplió con su deber de llevar las cuentas de la administración o de ejercer los actos conservatorios (materiales y jurídicos) del patrimonio del pupilo.

II. FUNCIONES DEL PROTUTOR

La importancia de este cargo radica en que el protutor es el órgano de vigilancia del tutor y representa en algunos casos al niño, niña o adolescente. De hecho, el tutor no puede entrar en el ejercicio del cargo mientras no haya protutor, y no habiéndolo debe promover de inmediato su nombramiento, caso contrario debe resarcir al niño, niña o adolescente los daños y perjuicios (art. 336 C.C).

La ley acuerda una serie de atribuciones y deberes al protutor, entre los que se señalan:

7 En este sentido el Código Civil Colombiano consagra una presunción de culpa grave negativa, ya que presume el descuido habitual por el hecho de deteriorarse los bienes o disminuirse el patrimonio encomendado al tutor, quien debería probar su falta de culpa para quedar eximido de responsabilidad. Al efecto puede verse el comentario del autor colombiano Arturo VALENCIA ZEA: *Derecho civil*, Tomo V. *Derecho de Familia*. 3era. edición. Bogotá. Editorial Temis, 1970, p. 528 y ss.

a. En materia patrimonial, debe intervenir en la formación del inventario del pupilo y en la conversión de títulos de la deuda pública, bonos o acciones al portador de empresas que pertenezcan al niño, niña o adolescente, además de su participación cuando el tutor presenta sus estados financieros anuales o la rendición de cuentas. En otro orden de ideas, el tutor debe avisar al protutor cuando reciba cantidades que se deban al pupilo, como ya señalamos.

b. El protutor obra por el niño, niña o adolescente y lo representa en los casos en que sus intereses estén en oposición con los del tutor (art. 337, encab. C.C).

c. Está obligado a vigilar la conducta del tutor y poner en conocimiento del Tribunal cuanto crea que pueda ser dañoso al niño, niña o adolescente en su educación y en sus intereses (art. 337, ord. 1º).

d. Cuando la tutela quede vacante o abandonada, debe solicitar del juez competente el nombramiento de otro tutor, representando mientras tanto al niño, niña o adolescente, pudiendo ejecutar todos los actos conservatorios y de administración urgentes.(art. 337, ord. 2º).

e. Debe emitir opinión cuando sea consultado por el tutor acerca de la conveniencia de intentar acciones judiciales en nombre del pupilo (art. 364 C.C).

f. En todo caso en que, conforme a la ley, el protutor deba promover juicio en defensa de los derechos del niño, niña o adolescente, está obligado a pedir al juez la reunión del Consejo de Tutela para consultarle el asunto (art. 909 Código de Procedimiento Civil).

Por último hay que señalar que existe también un suplente del protutor, que llenará las faltas accidentales de éste (art. 335 C.C).

III. Funciones del consejo de tutela

El Consejo de Tutela, llamado "Consejo de Familia" en otras legislaciones, es un órgano de carácter permanente que comparte con el juez la llamada "supratutela", es decir, el control de las decisiones más importantes en la tutela. En esta misión, es un órgano consultivo, pero la ley prevé casos en los cuales el Consejo toma decisiones por sí solo y en otros, se establece la necesidad del voto favorable del Consejo para que el juez pueda tomar ciertas decisiones. Las funciones de los miembros del Consejo de Tutela son gratuitas, salvo que por testamento o escritura pública del padre o la madre que ejerciere la patria potestad, se le señalare alguna retribución (art. 331 C.C).

El Consejo de Tutela debe emitir *opinión* sobre:

a. El nombramiento del tutor, cuando corresponda al juez hacerlo (art. 309 C.C).

b. Las solicitudes de excusas del tutor, protutor y suplente de este (art. 346 C.C).

c. La conveniencia de abrir una tutela interina (art. 341 C.C) y la solicitud del tutor interino para que se le autorice a realizar actos que excedan de la simple administración o a defender al pupilo en juicio (art. 313 y 315 C.C).

d. La decisión que tome el juez en cuanto al lugar donde deba ser criado y la educación que deba dársele al pupilo (art. 348 C.C).

e. La fijación del máximo de gastos que deba hacer el tutor y en su caso, la conveniencia de otorgarle la compensación de frutos por alimentos (art. 362 C.C).

f. La solicitud de autorización del tutor para la realización de actos que requieren autorización judicial (art. 324 C.C).

g. La enajenación, liquidación o continuación de los negocios de los establecimientos de comercio, industria o cría pertenecientes al niño, niña o adolescente (art. 369 C.C).

h. La aprobación definitiva de las cuentas del tutor saliente al nuevo tutor (art. 378 C.C).

Normalmente, la opinión del Consejo no es vinculante para el juez, pero hay casos en los cuales éste no pueden tomar sus decisiones sin su voto favorable, así ocurre en la aceptación de las excusas; la decisión de nombrar tutor interino cuando ocurra la remoción del tutor y el procedimiento sea iniciado de oficio por el juez; cuando se acuerde la compensación de frutos por alimentos y cuando se autorice al tutor para continuar con los negocios del pupilo en los términos del artículo 369 C.C.

Por otra parte, el Consejo de Tutela tiene *atribuciones* dentro de la tutela que implican una participación más activa:

a. Interviene en la formación y consignación del inventario. (art. 352 C.C).

b. Si hay que constituir hipoteca legal, determina los bienes del tutor sobre los que pesará el gravamen (art. 360 C.C).

c. Examina los estados de cuenta anuales presentados por el tutor (art. 377 C.C).

El Código de Procedimiento Civil trae las normas referentes a la formación del Consejo de Tutela y su reunión, aclarando que si no hubiere mayoría sobre lo que haya de resolverse, se expresará el voto de cada uno de sus miembros (art. 907 C.P.C.) haciendo la salvedad que la falta de mayoría no es obstáculo para que el juez libre la resolución que deba dar según la ley (art. 908 C.P.C.).

B. EXTINCIÓN DE LA TUTELA ORDINARIA

I. Formas de extinción

La tutela de los niños, niñas o adolescentes puede cesar en forma absoluta o relativa. En el primer caso, el pupilo deja de estar sometido a un régimen de representación y cesan todos los cargos tutelares, mientras que hay cesación relativa cuando el titular de alguno de los cargos de la tutela no continúa en su ejercicio, sin que el niño, niña o adolescente deje de estar sometido a ella.

a. Extinción Absoluta

La tutela cesa en forma absoluta:

a.1. Por muerte del pupilo.

a.2. Por mayoridad: al cumplir los dieciocho años de edad, el pupilo adquiere su plena capacidad de obrar.

a.3. Por emancipación del pupilo.

a.4. Por readquisición de la patria potestad por el padre o la madre[8].

a.5. Por adopción (caso en el cual el niño, niña o adolescente ingresa nuevamente al régimen de la patria potestad).

b. Extinción Relativa

En este caso no hay extinción de la tutela, sino simple cambio de tutor o de alguno de los otros miembros: protutor o integrantes del Consejo de Tutela. En relación al tutor, la tutela ordinaria cesa:

b.1. Por muerte

8 Se trata de aquellos casos donde los padres fueron privados de la patria potestad y rehabilitados.

b.2. Por renuncia del cargo: Debe ser aceptada por el juez, y opera por las mismas causas que permiten la excusa[9] (art. 346 C.C.).

b.3. Por remoción: La remoción se funda, en líneas generales, en la violación de los deberes que tiene el tutor o en razones de moralidad, y puede decretarse en juicio principal, donde hay que demostrar alguna de las causales establecidas en el Código Civil o por vía de consecuencia, cuando hay condena penal contra el tutor por la comisión de algunos delitos.

Son causales de remoción las expresadas en el artículo 340 del Código Civil:

> **Artículo 340.** Serán removidos de la tutela y condenados a la indemnización de perjuicios:
> 1. Los que no hayan asegurado las resultas de su administración de la manera prevenida en este Código.
> 2. Los que no hayan hecho el inventario en el tiempo y forma prevenidos por la ley o no lo hayan verificado con fidelidad.
> 3. Los que se condujeren mal en la tutela respecto de la persona del menor, o en la administración de sus bienes.
> 4. Los que se negaren a presentar el estado anual de que trata el artículo 377 o en cualquier tiempo en que el Tribunal lo exija, o que de cualquier manera evadieren la presentación.
> 5. Los inhábiles, desde que sobrevenga o se averigüe su incapacidad o mala conducta.
> 6. Los que hayan sido condenados a pena corporal.
> 7. Los fallidos culpables o fraudulentos.
> 8. Los que hayan abandonado la tutela.

La remoción, por los graves motivos que la causan y las consecuencias que produce, debe ser decretada en virtud de una decisión judicial cuya competencia corresponde al Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, tal como lo indica la ley especial[10]. Se nombrará al niño, niña o adolescente un tutor interino de conformidad con lo dispuesto en

9 Debe aclararse que la renuncia procede por las mismas causas que permiten excusarse del cargo, pero siempre y cuando sean sobrevenidas. De haber existido en el momento del nombramiento y no haberse opuesto, se entenderá que se ha renunciado a ellas.

10 Artículo 177, Parágrafo Segundo, literal b de la LOPNNA.

el artículo 313 del Código Civil, si lo creyere conveniente el Consejo de Tutela, a quien consultará el juez (art. 341 C.C) En estos casos, cuando el tribunal procede de oficio, deberá notificar al Ministerio Público para que intervenga en el asunto (artículo 732 Código de Procedimiento Civil).

Además de las causales establecidas en el Código Civil, la sentencia penal que condena al tutor por varios de los delitos contra las buenas costumbres y el buen orden de la familia, implica su remoción del cargo (art. 391 del Código Penal) y cuando el juez encuentre que los hechos constituyen los delitos de abuso en la corrección o disciplina o sevicia en la familia cometidos por el tutor contra el pupilo son habituales en aquel, decretará su remoción de la tutela en la propia sentencia condenatoria (art. 441 Código Penal).

Para el protutor y los miembros del Consejo de Tutela los motivos de cesación relativa de sus cargos son iguales a los del tutor: muerte, renuncia aceptada por el juez y remoción, con la salvedad que el protutor también cesa en el ejercicio de su cargo cuando hay nombramiento de un nuevo tutor, sin perjuicio de que el juez pueda reelegirlo (art. 338 C.C.).

II. Obligaciones del tutor al finalizar la tutela

a. Rendición de cuentas

La finalización del cargo de tutor origina para él la obligación de rendir cuenta. Esta obligación la tiene todo tutor, por lo que no debe confundirse con la obligación de presentar anualmente los estados de cuenta, prevista en el artículo 377 del Código Civil. Recordemos que el tutor es un administrador de bienes ajenos y como tal está en la obligación de rendir cuentas de su administración, vale decir, exponer pormenorizadamente los gastos realizados, los frutos recibidos, las inversiones de los capitales, el pago de las deudas a cargo del pupilo; en una palabra, dar una explicación satisfactoria de su gestión administradora. Como la rendición de cuentas es un acto de suma importancia, ya que frecuentemente comprende varios años de gestión, el Código Civil lo ha rodeado de formalidades y garantías para evitar que el tutor pueda obtener con facilidad el finiquito del pupilo sobre el que pesaba su autoridad.

El principio legal lo encontramos en el artículo 376:

Artículo 376. Todo tutor está obligado a rendir cuentas, terminada su administración. Estas cuentas deben ser año por año, razonadas y comprobadas, con toda la claridad y precisión necesarias.

Del examen del artículo transcrito, podemos deducir las siguientes consecuencias:

1. La obligación de rendir cuentas es de orden público, por lo que nadie puede exonerar al tutor de llevarlas, ni siquiera los padres cuando nombran tutor a sus hijos. En caso de muerte del tutor, la obligación pasa a sus herederos.

2. La cuenta abarca todos y cada uno de los actos de administración del tutor, aunque sean de poca cuantía o importancia económica.

3. Las cuentas han de ser llevadas día por día, es decir, hacerse constar cada operación y anotarse en el día correspondiente.

4. Las cuentas deben ser claras y precisas, lo que significa que deben ser fieles, exactas y documentadas. El requisito de su comprobación, exigido en la ley, indica que no sirve de prueba el simple testimonio o la confesión del tutor acerca de la manera de llevar las cuentas, sino que deben estar respaldadas con documentos o comprobantes escritos. El tutor debe tener cuidado en hacerse expedir todos los recibos de compras, gastos, pagos a los acreedores, etcétera. Las cuentas deben ser precisas, en el sentido de que no se admiten aproximaciones o cálculos vagos, so pena de comprometer la responsabilidad del tutor.

En cuanto a la *forma*; el Código Civil no la señala expresamente, pero si el tutor no presenta su cuenta en forma voluntaria, el pupilo o su representante pueden exigirla por la vía judicial, en cuyo caso se seguirá el procedimiento pautado en el Código de Procedimiento Civil. Y como anteriormente señalamos, tales cuentas deben ser año por año, razonadas y comprobadas, con claridad y precisión (art. 376 C.C).

Cuando la administración del tutor termine antes de la mayoría de edad o de la emancipación del niño, niña o adolescente, las cuentas de la administración se rendirán al nuevo tutor con intervención del protutor, pero para que la aprobación dada por estos sea definitiva, debe ser confirmada por el juez, oído el Consejo (art. 378 C.C). Si la tutela terminare por mayoridad del pupilo, las cuentas deberán rendirse a él mismo, pero aunque según la ley el ex-pupilo tiene plena capacidad, en previsión de que la anterior posición del niño, niña o adolescente influya en la aprobación del examen, el Código Civil señala que el tutor no queda válidamente libre si aquél a quien se le rinden no ha sido asistido por el protutor o a falta de éste, por otra persona que escogerá el tribunal de entre cinco capaces para el cargo, propuestas por el mismo a quien se rinden las cuentas (art. 380 C.C).

El tutor debe rendir las cuentas en el *término* de dos meses, contados desde el día en que termine la tutela y en el *lugar* donde se ha administrado la tutela; los *gastos* de su examen serán a cargo del niño, niña o adolescente; pero en caso necesario, deberá avanzarlos el tutor, a reserva de que se les reembolsen (art. 379 C.C).

Si el tutor incumple su deber de rendir cuentas, se producen las siguientes consecuencias:

a. El pupilo o quien lo represente, puede exigir judicialmente la rendición de las mismas. En este caso se seguirá un procedimiento judicial, de acuerdo a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil.

b. No puede celebrarse ningún arreglo o convenio entre el tutor y el niño, niña o adolescente llegado a la mayoridad, antes de la aprobación definitiva de las cuentas de la tutela (art. 380 C.C). Pero una vez rendidas y aprobadas definitivamente las cuentas, el ex pupilo puede disponer libremente de sus bienes, pudiendo incluso condonar al que fue su tutor la cantidad de que resulte deudor.

c. El tutor no puede aprovecharse de las disposiciones testamentarias de su pupilo, otorgadas antes de la aprobación

de la cuenta definitiva de la tutela, salvo en los casos señalados en el artículo 844 C.C.

d. De igual manera, no podrá el tutor aprovecharse de las donaciones de su pupilo hechas con anterioridad a la aprobación definitiva de las cuentas de la tutela, salvo en los casos establecidos en el artículo 1.436 del Código Civil.

e. El tutor puede adoptar al pupilo o ex pupilo sólo después de aprobadas definitivamente las cuentas de la tutela (art. 413 de la LOPNNA).

f. No se permite el matrimonio del tutor o de alguno de sus descendientes con el ex pupilo hasta tanto no hayan sido aprobadas las cuentas (art. 58 C.C). Si el matrimonio llegase a celebrarse, será válido, pero el tutor será privado de toda remuneración por razón del cargo (art. 131 C.C).

b. Entrega de Bienes

Como consecuencia natural de la rendición de cuentas cuando termina la tutela, bien sea por haber adquirido el pupilo la mayoría de edad, o por haber muerto o cuando pasa la tutela a otra persona o nuevamente reingresa el niño, niña o adolescente a la patria potestad, está el tutor en la obligación de entregar los bienes administrados. A diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, el Código Civil nuestro no faculta al tutor para que, en el tiempo que media entre la aprobación de las cuentas y la entrega de los bienes, ejerza los actos de administración urgentes y aquellos que ocasionarían perjuicios al pupilo el no ejecutarlos. Si lo hace, no actuaría ya como tutor, sino a título de mandatario o gestor de negocios ajenos, dice Aguilar Gorrondona, cuya opinión compartimos.

III. Prescripción de las acciones del pupilo

Las acciones del niño, niña o adolescente contra el tutor y el protutor y las del tutor contra el niño, niña o adolescente, relativas a la tutela, prescriben por diez años a contar desde el día en que cesó aquella, sin prejuicio de las disposiciones sobre interrupción y suspensión de la

prescripción (art. 381). Se trata, entonces, de una prescripción especial, fundada según algunos autores en la presunción de que, al terminarse la tutela quedó la contabilidad en regla, o bien en que la rendición de cuentas se verificó entre las personas interesadas sin formalidad alguna. Así como el niño, niña o adolescente no puede pedir cuentas después de pasados diez años, es lógico que el tutor, luego de dicho plazo, carezca de acción para cobrar sus créditos. Ahora bien, si se trata de la acción de pago del saldo resultante de la cuenta definitiva, sea en favor o en contra de uno o de otro, este es un crédito ordinario y como tal no queda sometido a esta prescripción especial sino a las normas generales de la prescripción.

Capítulo 21

La Adopción[1]

SUMARIO

I. Generalidades. a. Concepto. b. Evolución histórica. c. La adopción en el derecho venezolano. d. Características de la adopción. II. Régimen legal de la adopción en Venezuela. a. Principio general. b. Clases de adopción. c. Requisitos. d. Procedimiento de la adopción. III. Efectos de la adopción. IV. Extinción de la adopción. Nulidad de la adopción.

I. Generalidades

a. Concepto

Etimológicamente, el vocablo "adopción" proviene del latín "*adoptio*, *adoptionen*, *adoptare*", este último a su vez compuesto de "*ad*" y "optare" que traduce "desear". En las Siete Partidas puede leerse: "Tanto quiere decir como prohijamiento; que es una manera que establecieron las leyes, por la cual pueden los hombres ser hijos de otros, aunque no lo sean naturalmente". Casi todas las definiciones, modernas y antiguas, se centran en la anterior: con la adopción se trata de establecer una analogía con la filiación natural. Sin embargo, las definiciones han variado substancialmente en cuanto a su naturaleza jurídica, encontrando así desde numerosos autores que veían en

1 Annalisa Poles de Graciotti. Profesora de la Universidad Católica del Táchira.
Correo electrónico: apoles@ucat.edu.ve.

ellas un contrato formal y solemne, hasta la concepción actual que la reputa como institución en beneficio del adoptado.

Entre los franceses, Planiol la considera como "un contrato solemne sometido a la aprobación de la justicia"; Colin y Capitant sostienen que es "un acto jurídico (generalmente un contrato) que crea entre dos personas relaciones ficticias y puramente civiles de paternidad y filiación"; Zachariae la define así: "Contrato jurídico que establece entre dos personas, que pueden ser extrañas la una de la otra, vínculos semejantes a aquellos que existen entre el padre o madre unidos en legítimo matrimonio y sus hijos legítimos".

En la doctrina patria, Raúl Sojo Bianco dice: "La adopción en Venezuela es una institución jurídica fundada en el altruismo y la afectividad del ser humano, cuya finalidad es tomar una persona como hijo de otra o de un matrimonio, sin que exista entre ambos ningún vínculo de consanguinidad"[2].

Puede criticarse la definición anterior por no ser exacta la apreciación que entre adoptante y adoptado no existen vínculos de consanguinidad, ya que la propia ley establece tal posibilidad. Isabel Grisanti De Luigi asegura que la adopción es: "Una institución mediante la cual se crea entre dos personas un vínculo semejante al que deriva de la filiación"[3]. Para Francisco López Herrera, en el derecho moderno en general y el venezolano en particular, puede definirse la adopción como "una institución fundada en la caridad, en el altruismo y en la afectividad del ser humano, cuya finalidad es la asunción de una persona como hijo, por parte de otra persona o de un matrimonio que no tiene con aquél un vínculo de consanguinidad en línea recta y en primer grado"[4].

En la legislación venezolana, la adopción se define como "una institución de protección que tiene por objeto proveer al niño, niña o

2 Raúl Sojo Bianco: *Apuntes de Derecho de Familia y Sucesiones.* Caracas. Talleres Tipográficos de Miguel Ángel García e Hijo, 1983, p. 207.

3 Isabel Grisanti de Luigi: *Lecciones de Derecho de Familia.* 3era. edición. Valencia. Editorial Vadell Hermanos, 1986, p. 409.

4 Francisco López Herrera: *Derecho de Familia.* 2da. edición actualizada. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p. 491.

adolescente, apto para ser adoptado o adoptada, de una familia sustituta, permanente y adecuada"[5].

b. Evolución Histórica

Aunque se discute acerca de su origen, la adopción ha existido desde la más remota antigüedad, encontrándose precedentes tanto en la Biblia (Génesis y Exodo) como en el Código de Hammurabi. Sin embargo, la mayoría de los autores consideran que se inicia *en la India*, surgiendo como un recurso para evitar la costumbre del levirato (institución según la cual la viuda que no tenía hijos, debía unirse sexualmente al hermano u otros parientes próximos del difunto marido, a fin de procrear un hijo que se consideraba hijo del extinto y permitía continuar el culto doméstico). De la India pasó a los pueblos vecinos tomándola de allí los hebreos, quienes la transmitieron a Egipto, donde pasó a Grecia y a Roma. *En Grecia*, probablemente no existió en Esparta ya que todos los hijos se debían al estado, sino en Atenas. Entre las notas resaltantes de la institución destacan el hecho que el adoptado debía ser hijo de atenienses; sólo podían adoptar quienes no tuvieran hijos, requiriéndose la intervención de un magistrado (formalidad que transmitida a Roma continúa vigente en la actualidad) y era posible revocarla por ingratitud del adoptado. *En Roma*, la adopción alcanzó gran desarrollo, y si bien tenía como finalidad perpetuar los cultos religiosos, buscaba también evitar la extinción de la familia romana. Se conocieron dos tipos de adopción: La *adrogatio* y la adopción propiamente dicha. La primera forma, que se practicó desde los orígenes de Roma, consistía en la adopción de una persona *sui juris*, es decir, de un ciudadano no sometido a la potestad de otra persona. Como era un acto trascendente, ya que implicaba colocar a un *sui juris*, sin potestad, a la potestad de otro jefe, estaba sometida a numerosas formalidades: sólo podía tener lugar luego de una información hecha por los pontífices y en virtud de una decisión de los comicios por curias. El adrogado pasa bajo la autoridad paterna del adrogante y entra en su familia civil como *agnado*, siguiendo sus descendientes y la mujer que tenia *in manu* su misma suerte; participando desde entonces en el culto privado del adrogante. Como cambia su estado, también se modifica su nombre, tomando el nombre de la gens y de la familia donde entra. La adopción

5 Artículo 406 LOPNNA.

era un acto de menor gravedad que no exigía la intervención del pueblo ni la de los pontífices, por ser el adoptado *alieni juris* por lo que con ella no se extinguía una familia civil ni un culto. De todas formas opera con la autoridad de un magistrado, siendo necesarias dos operaciones: romper con la autoridad del padre natural y hacer pasar el hijo adoptivo bajo la autoridad del adoptante. Los efectos patrimoniales de la adopción fueron limitados por Justiniano, distinguiéndose dos tipos: *adoptio* plena, donde el adoptante era ascendiente del adoptado, ocasionando sumisión a la patria potestad y la *adoptio minus* plena, donde el adoptante era un extraño, conservando el adoptado su situación familiar anterior, sin estar sometido a la potestad del adoptante, teniendo como efecto fundamental darle al adoptado derecho sucesorios *ab intestato* en la herencia del adoptante. *En el Derecho Germánico* en los tiempos primitivos la adopción tuvo una finalidad guerrera, a fin de que el hijo adoptivo continuara las campañas emprendidas por el adoptante, por lo que adquiría el nombre, las armas y el poder público de éste, pero no tenía derechos sucesorios en la herencia de su padre adoptivo. Posteriormente sienten el influjo del derecho romano y en el siglo XV se impone la institución como la concibió Justiniano. En el Código de Prusia de 1794 se la considera un contrato, encontrando los mismos derechos que existían entre padre e hijos legítimos pero el adoptado conserva sus derechos sucesorios en la herencia de sus padres naturales, ya que los lazos subsisten. *En el Derecho Francés* también se distinguen varios períodos: en el período primitivo era casi desconocida, practicándose pocas veces. En el período post-revolucionario en cambio, aunque no estaban reglamentadas, fueron numerosas; quedando finalmente contempladas en el Código civil francés de 1804, llamado también Código Napoleónico. Napoleón la consideró como una institución que debía imitar la naturaleza, prohibiéndola a personas solteras y sólo permitiéndola a matrimonios sin hijos. A la vez, se consideraba un contrato, por lo que únicamente podía efectuarse cuando el adoptado fuese mayor de edad y podía prestar su consentimiento.

Después de la primera guerra mundial se permite en Francia la adopción de menores de edad.

En el Derecho Español fue reglamentada en el fuero Real y las partidas, que las llamaban prohijamiento. En las Partidas se siguió un sistema basado en el Derecho Romano, distinguiéndose entre arrogación,

que correspondía a quienes no se encontraban sometidos a patria potestad y adopción, aplicable a los sujetos a potestad paterna, que se dividía en plena o perfecta y menos plena o imperfecta.

c. La Adopción en el Derecho Venezolano

En Venezuela la adopción fue consagrada por primera vez en el Código Civil de 1867, manteniéndose igual hasta el Código Civil de 1942, pasando así al Estatuto de Menores de 1949. Con este sistema no se creaba un vínculo de filiación entre adoptante y adoptado, no produciendo parentesco. El adoptado conservaba el vínculo con la familia de origen y su condición legal frente al adoptante era inferior a la de un hijo, incluso de los nacidos fuera del matrimonio. Cuando la constitución de 1961 se promulga, entra en vigencia lo que dispone su artículo 75: la filiación adoptiva será amparada por la ley, surgiendo entonces la necesidad de modificar el régimen legal sobre la adopción. Sin embargo, no es sino hasta el año 1972 cuando se promulga la Ley sobre Adopción, representando un gran avance. En ella se consideró que la adopción se realiza en favor del adoptado, se permitía la adopción del propio hijo extramatrimonial y se consagró la adopción plena donde se igualaba al hijo adoptivo con el hijo matrimonial, regularizando en forma pormenorizada el régimen jurídico del adoptado en adopción plena y sus relaciones con la familia del adoptante. Cuando el 26 de julio de 1982 fue reformado parcialmente el Código Civil, inexplicablemente dentro de su texto se copiaron textualmente todas las disposiciones relativas a la adopción del Código de 1942, lo cual trajo bastante confusión a la hora de determinar las normas vigentes. Fue por ello que el Congreso Nacional procedió a reformar la Ley sobre Adopción, promulgada dicha reforma el 18 de agosto de 1983. Entre las modificaciones más importantes de esa reforma puede señalarse: a). El principio general que consagró fue la adopción plena, quedando la adopción simple (donde se conservaban los vínculos con la familia de origen) sólo cuando lo requiera el interés del menor. b). Todo lo referente a la patria potestad ejercida sobre los hijos adoptivos se regía por el Código Civil. c). Estableció el límite de edad para adoptar en 25 años, a diferencia de la ley anterior que exigía 30 años para el hombre y 28 para la mujer. Igualmente exigía una diferencia de por lo menos 18 años entre adoptante y adoptado, excepto cuando se trataba

de adoptar al hijo del cónyuge. d). Se permitía a las personas solteras adoptar y también a las casadas con hijos. e). Facilitó el procedimiento de la adopción, dándole mayor agilidad.

El 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba por unanimidad la Convención Internacional sobre los derechos del Niño, lo que representa un cambio radical en la concepción anterior de la minoridad, debido a que transforma las necesidades de la infancia y de la adolescencia en verdaderos derechos. Venezuela ratifica la convención y la hace ley de la República el 29 de agosto de 1990 (Gaceta Oficial No. 34.541). Se vive posteriormente, desde 1995, una gran movilización social presionando para un cambio de legislación, a fin de sustituir la Ley Tutelar del Menor (1980), contraria a los principios de la Convención, por la Ley Orgánica de Protección del Niño y Adolescente (LOPNA) aprobada por el Congreso Nacional el 2 de septiembre de 1998, publicada en la Gaceta Oficial No. 5.266 del 2 de octubre de 1998. Cumplida su *vacatio legis*, entró en vigencia el 1 de abril de 2000, por lo tanto, en términos de Adopción, comenzamos a regirnos por dicha ley, que mantuvo muchas de las normas de la derogada Ley de Adopción, modificó algunas y creó otras nuevas, todo ello consecuencia de que la nueva concepción de la adopción debía amoldarse a la consideración de los niños y adolescentes como sujetos de derechos. Y con la reforma de la Ley en el año 2007, se modificaron varios artículos en materia de adopción, fundamentalmente en lo que respecta al procedimiento y se derogaron diversos artículos. Actualmente la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (LOPNNA) regula la adopción en los artículos 406 al 429, y el procedimiento en los artículos 493 y siguientes.

d. Características de la Adopción

d.1. La adopción es una institución solemne y de orden público: Por ser solemne, requiere el cumplimiento de determinadas formalidades de carácter procesal ya que el estado interviene por medio del poder judicial. Además como el crear y modificar relaciones de parentesco interesa al estado, la adopción está regida por normas de orden público que no pueden ser renunciadas ni relajadas por convenios particulares.

d.2. La adopción es un acto bilateral: Intervienen necesariamente dos partes: el sujeto activo, que es el adoptante (o los adoptantes) y el sujeto pasivo que es el adoptado (o adoptados). Se requiere el consentimiento de ambos y de otras personas que la misma ley exige, consentimientos que por regla general deben ser prestados personalmente por los interesados ante el tribunal de la causa o adelantados en la oficina estadal de adopciones.

d.3. La adopción es un acto puro y siempre: No se puede adoptar a término o bajo condición suspensiva o resolutoria. Los consentimientos exigidos deben ser puros y simples[6].

d.4. La adopción puede ser realizada entre parientes o por extraños: La propia ley consagra la posibilidad de que parientes entre sí realicen adopción cuando señala que sólo se admite la adopción de mayores de edad cuando existan relaciones de parentesco[7].

d.5. Mediante la adopción se crea un vínculo de parentesco: La adopción le confiere al adoptado la condición de hijo o hija y al adoptante la condición de padre o madre[8].

II. Régimen de la adopción en Venezuela

a. Principio General

En nuestro ordenamiento no hay duda acerca de la naturaleza jurídica de la adopción. La ley recoge la concepción moderna al considerarla no un contrato, sino una "institución" de protección establecida fundamentalmente en interés del adoptado[9].

b. Clases de adopción

- Adopción de niños o adolescentes.
- Adopción de mayores de edad, en los casos permitidos por la ley[10].
- Adopción Individual

6 Artículo 406 LOPNNA.
7 Artículo 408 LOPNNA.
8 Artículo 425 LOPNNA.
9 Artículo 406 LOPNNA.
10 Artículo 408 LOPNNA.

- Adopción Conjunta
- Adopción Nacional: Siempre se prefiere.
- Adopción Internacional: Es subsidiaria[11].

c. Requisitos

c.1. Capacidad para Adoptar:

Además de la capacidad de derecho común (que excluye la posibilidad de adoptar para entredichos por defecto intelectual y por condena penal; inhabilitados y quienes no se encuentren en su sano juicio no obstante no estar sujetos a interdicción) se requiere tener una edad mínima de 25 años y una diferencia de edad entre adoptante y adoptado de 18 años al menos. Si se adopta al hijo del cónyuge, la diferencia deberá ser de 10 años como mínimo, aunque el juez por motivos justificados podrá decretar adopciones aún cuando no exista la diferencia de edad exigida por la ley[12]. Debe advertirse que una adopción no impide otras adopciones posteriores por parte del mismo adoptante.

c.2. Ausencia de Impedimentos:

Impedimentos Generales: Existen el "impedimento de tutela" que prohíbe la adopción del pupilo o ex pupilo por parte del tutor mientras no le sean aprobadas definitivamente las cuentas de la tutela[13] y el "impedimento de matrimonio", aunque no está establecido expresamente en la LOPNNA, se deduce del artículo 54 del Código Civil en virtud del cual existe impedimento matrimonial dirimente entre adoptante y adoptado.

Impedimentos para la Adopción Conjunta: Se prohíbe la adopción conjunta por parte de una pareja que no sean esposos o que siéndolo, estén separados legalmente, o que sin ser esposos, no tengan una unión establece de hecho o sean personas del mismo sexo[14]. Salvo las limitaciones anteriores, para parejas, la adopción individual sí puede ser solicitada por cualquier persona con capacidad para adoptar, independientemente de su estado civil.

---

11 Artículo 445 LOPNNA.
12 Artículos 409 y 410 LOPNNA.
13 Artículo 413 LOPNNA.
14 Artículo 411 LOPNNA.

Impedimento para la adopción de mayores de edad: Sólo se permite la adopción de los mayores de edad en los tres casos taxativamente determinados en la Ley: 1) Cuando existan relaciones de parentesco entre adoptante y adoptado 2) Cuando la persona por adoptar hubiere estado integrada, desde su minoridad, al hogar del adoptante y 3) Cuando se trate de adoptar al hijo del otro cónyuge[15].

c.3. Consentimientos:

La ley exige el consentimiento del adoptante, del adoptado y eventualmente de otras personas, por lo que debemos distinguir varios casos:

a. Si el niño o adolescente es mayor de 12 años se requiere su consentimiento.

b. Si se adopta a un niño o adolescente que está sometido a patria potestad, se requiere el consentimiento de quienes la ejerzan. Si esta es ejercida por quien no ha alcanzado la mayoría de edad, dicho consentimiento deberá ser prestado por ellos con asistencia de su representante legal o en su defecto, con la autorización del juez. Sólo puede consentir válidamente la madre, luego de haber nacido el niño.

c. Del representante legal, en defecto de padres que ejerzan la patria potestad.

d. Si la persona a quien se pretende adoptar es casada, se requiere el consentimiento de su cónyuge, salvo que exista separación legal entre ambos.

e. Si el adoptante individual es casado, también requiere el consentimiento de su cónyuge, salvo que exista separación entre ambos[16].

15 Artículo 408 LOPNNA.
16 Artículo 414 LOPNNA.

c.4. Opiniones:

Para la adopción deben recabarse las opiniones de:

a. Del candidato a adopción, si tiene menos de 12 años.

b. Del o de la Fiscal del Ministerio Público.

c. De los hijos o hijas del solicitante de la adopción.

d. De cualquier otro pariente del candidato a adopción o de un tercero que tenga interés, si el juez o jueza lo considera conveniente[17].

En todo caso, tanto los consentimientos como las opiniones deben ser puras y simples y prestarse ante el juez, o ante la oficina de adopciones cuando se trata de los padres que ejercen la patria potestad, no exigiéndose cuando las personas señaladas se encuentren en la imposibilidad permanente de hacerlo o cuando se desconozca su residencia. Este consentimiento debe ser informado, vale decir, necesariamente las personas tienen que haber sido asesoradas e informadas acerca de los efectos de la adopción por la oficina de adopciones o por el equipo multidisciplinario del Tribunal de Protección[18].

c.5. Período de Prueba:

Se exige para la adopción un período de prueba que consiste en permanecer, previa e ininterrumpidamente por lo menos seis (6) meses, en el hogar del adoptante, pudiendo ser prorrogado el lapso si el juez lo cree conveniente: pero cuando se trata de la adopción internacional el período será de un año[19].

d. Procedimiento de la adopción

El procedimiento de la adopción consta de dos fases: una fase administrativa y una fase judicial. Debe iniciarse en vía administrativa, en

17 Artículo 415 LOPNNA.
18 Artículos 416, 417 y 418 LOPNNA.
19 Artículos 422 y 423 LOPNNA.

la oficina de adopciones, y luego continúa en el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes[20]. Los procedimientos difieren según se trate de una adopción nacional o internacional; esta última sólo puede hacerse si existen tratados internacionales vigentes en materia de adopción, entre nuestro país y el Estado de la residencia habitual del solicitante de la adopción o en su caso, del país de residencia habitual del niño, niña o adolescente a ser adoptado[21].

Para dar inicio a la **fase administrativa**, en una adopción nacional, la solicitud la pueden formular:

a. Los *progenitores*, que quieran dar en adopción al hijo, harán la solicitud ante la oficina estadal de adopciones del Consejo Nacional de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes o ante el equipo multidisciplinario del Tribunal de Protección.

b. Los *aspirantes a adoptar,* quienes hacen su solicitud ante la oficina estadal de adopciones.

c. Un *juez de mediación y sustanciación*, quien hace el requerimiento ante la citada oficina estadal de adopciones, a fin de que seleccionen a una persona o pareja del registro de los solicitantes de adopción elegibles, para proceder a la adopción de un niño, niña o adolescente[22].

Durante la fase administrativa de la adopción, regulada detalladamente en la ley[23], se evalúan las solicitudes de adopción, se presentan los respectivos informes, se emiten los consentimientos de los progenitores y se cumplen las fases de emparentamiento y el período de prueba. Esta figura del emparentamiento es una innovación de la reforma de la LOPNNA de 2007, que prevé dos tipos: el *emparentamiento técnico*, donde se seleccionan tres personas o parejas del registro de solicitantes de adopción elegibles, ya que se debe garantizar el derecho del niño, niña o adolescente a ser adoptado por quien mejor se adecue a sus necesidades

20 Artículo 493 LOPNNA.
21 Artículo 493-B LOPNNA.
22 Artículo 493-A LOPNNA.
23 Toda la fase administrativa, tanto en materia de adopción nacional como de adopción internacional, se encuentra en los artículos 493 al 493-Q de la LOPNNA.

y características[24] y el *emparentamiento personal*, que comprende visitas sin pernocta al candidato a adopción, a fin de propiciar el contacto del solicitante o solicitantes con el niño, niña o adolescente[25]. Una vez concluido el período de emparentamiento, y si los resultados son positivos, se trasladará al candidato a adopción a la residencia del solicitante o solicitantes, para iniciar el período de prueba, donde por un lapso mínimo de seis (6) meses debe permanecer, de manera ininterrumpida, en el hogar de quienes hayan solicitado la adopción, período que pudiera prorrogarse[26].

Concluida la fase administrativa, comienza la **fase judicial**. Debe presentarse una solicitud de adopción ante el juez o jueza de mediación y sustanciación del Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, solicitud que debe expresar todo lo indicado en la ley[27]. Este juez debe ordenar la notificación al Ministerio Público en el mismo acto de admisión de la solicitud, para que éste pueda expresar su opinión[28]. Una vez que venza el período de prueba, previa incorporación al expediente de todos los informes y su valoración, el juez o jueza de mediación y sustanciación remitirá el expediente al juez o jueza de juicio[29]. Luego de la audiencia de juicio y si no hay oposición a la adopción, el juez debe oír la opinión del niño o niña, o el consentimiento del adolescente, respecto a la adopción y en su caso, respecto al cambio de nombre propio; así como también el consentimiento y las opiniones de las demás personas que deben prestarlos, con excepción de los progenitores cuyo consentimiento debe constar en el expediente administrativo[30]. La adopción termina con el Decreto que la acuerde que indicará si la adopción es individual o conjunta, nacional o internacional. El principio general es que el adoptado conserve su nombre propio, a menos que haya solicitado oportunamente la modificación del mismo y lo autorice el juez o jueza[31]. Este decreto que acuerde la adopción, una vez firme, surte efectos desde su fecha, pero no es oponible a terceros sino una vez efectuada su inscripción en el Registro Civil[32].

24 Artículo 493-G LOPNNA.
25 Artículo 493-N LOPNNA.
26 Artículos 422 y 423 LOPNNA.
27 Artículo 493-R LOPNNA.
28 Artículo 495 LOPNNA.
29 Artículo 497 LOPNNA.
30 Artículo 500 LOPNNA.
31 Artículo 501 LOPNNA.
32 Artículo 504 LOPNNA.

En el Registro Civil debe levantarse una nueva partida de nacimiento para el adoptado, cuyo texto será el ordinariamente utilizado, sin hacerse en ella mención alguna del procedimiento de adopción ni de los vínculos del adoptado con sus padres consanguíneos o de cualquier otra información que afecte la confidencialidad de la adopción[33]. Se remitirá copia al Registro Civil donde se encuentra la partida original, a fin de que se estampe al margen de la misma las palabras "Adopción Plena". Esta partida quedará privada de todo efecto legal mientras subsista la adopción (excepto para comprobar la existencia de impedimentos matrimoniales)[34]. Si el adoptado es un adolescente casado o tiene hijos, el juez o jueza ordenará al Registro Civil dejar constancia de la adopción al margen de las correspondientes partidas de matrimonio o de nacimiento[35].

III. Efectos de la adopción

1. Confiere al adoptado condición de hijo: La adopción es un acto constitutivo de estado: confiere el estado de hijo y sólo puede producir efectos hacia el futuro; es decir, a raíz de su perfeccionamiento y no con anterioridad, aunque frente a los terceros surtirá efectos después de haberse inscrito en el Registro Civil. De acuerdo al sistema legal venezolano, la adopción confiere al adoptado la condición de hijo y a los adoptantes la condición de padres[36].

2. Crea parentesco entre el adoptado y la familia del adoptante y entre adoptante y cónyuge del adoptado, así como también entre aquél y la futura descendencia del adoptado. Así mismo crea parentesco entre los miembros de la familia del adoptante y el cónyuge del adoptado y entre aquellos y la descendencia futura del adoptado; pero no crea parentesco entre el adoptante y los miembros de la familia de origen del adoptado[37].

33 Ibídem.
34 Artículo 505 LOPNNA.
35 Artículo 506 LOPNNA.
36 Artículo 425 LOPNNA..
37 Artículo 426 LOPNNA.

3. Extingue el parentesco del adoptado con su familia de origen, excepto el caso de que sea hijo del cónyuge del adoptante y de los impedimentos matrimoniales[38].

4. Todos los efectos de la Adopción Plena, que se derivan del parentesco, son los que resultan de la vinculación familiar expresada (condición de hijo del adoptado) por lo que su normativa es la del Código Civil.

5. El adoptado llevará el apellido del adoptante. Si se trata de adopción conjunta por cónyuges no separados legalmente, o por personas que mantienen una unión estable de hecho, el adoptado o adoptada debe llevar, a continuación del apellido del adoptante, el apellido de soltera de la adoptante. Esta misma regla se aplicará en caso de adopción del hijo o hija de un cónyuge por el otro u otra cónyuge. En caso de adopción individual, el adoptado o adoptada llevará los apellidos del o de la adoptante[39].

IV. EXTINCIÓN DE LA ADOPCIÓN

La ley dispone que la adopción es irrevocable[40] y sólo se extingue por anulación. Existe nulidad cuando se perfecciona la adopción no obstante haber infracción de requisitos legales de fondo o de forma o violación de normas de orden público. La causa de la nulidad existe en el momento en que se decreta la adopción. Es por ello que la sentencia firme que la declara es una sentencia declarativa de supresión de estado.

a. Nulidad de la Adopción:

a.1. Causas:

1. Si la adopción se ha decretado en violación de las disposiciones sobre capacidad, impedimentos o consentimientos previstos en los artículos 408 al 414 de la ley.

38 Artículos 427 y 428 LOPNNA.
39 Artículo 502 LOPNNA.
40 Artículo 508 LOPNNA.

2. Si se ha decretado con infracción de las normas sobre emparentamiento y el período de prueba, establecidos en los artículos 493-N, 493-O y 493-P de la ley.

3. Si se ha decretado con algún error en el consentimiento sobre la identidad del adoptado o del adoptante.

4. Si se ha decretado en violación de cualesquiera otra disposición de orden público[41].

a.2. Sujetos Activos:

El representante del Ministerio Público, el adoptado o adoptada si tiene más de 12 años de edad, o su representante legal y quienes pueden hacer oposición a la adopción. Si hay error en el consentimiento, la nulidad sólo puede intentarla aquella persona cuyo consentimiento estuvo viciado o sus herederos, dentro del lapso útil[42].

a.4. Lapso útil para intentar la Acción:

Un año contado a partir de la inscripción del decreto de adopción en el registro. Para el adoptado, correrá el lapso a partir de la fecha en que alcance su mayoridad[43].

a.5. Efectos de la sentencia:

La sentencia debe insertarse en los libros correspondientes y luego de su inscripción puede ser opuesta a los terceros debiendo publicarse y está sujeta a revisión, según el ordinal 2º del Artículo 507 del Código Civil. Se dejan a salvo los derechos adquiridos por terceros de buena fe antes de dicha inscripción[44].

41 Artículo 509 LOPNNA.
42 Ibídem.
43 Ibídem.
44 Artículos 509 y 510 LOPNNA.

Capítulo 22

La Interdicción[1]

SUMARIO

I. Definición. II. Clases de interdicción. III. La interdicción legal: Causas. Regulación. Duración. Actos realizados en contravención a las normas sobre interdicción. IV. La interdicción judicial: Causas. Legitimados activos. Legitimados pasivos. Procedimiento. Momento en que comienza la protección de la interdicción. Tribunal Competente. Efectos de la Interdicción. Tiempo de la Tutela. Obligaciones del Tutor. Lugar de cuidado del entredicho. Actos que pudieren ser anulados. Tiempo para pedir la nulidad del acto.

I. Definición

La interdicción es una institución del Derecho civil que tiene por finalidad hacer cesar de manera total o parcial la capacidad negocial, que por su edad o por la vía de la emancipación, ostenta una persona como consecuencia de un estado habitual de defecto intelectual grave –total– o por condena penal –parcial-. Se dice que la incapacidad que adquiere este sujeto de derecho es plena, general y uniforme[2], por cuanto requiere de un régimen de representación para poder actuar en el mundo jurídico; afecta a todos aquellos que cumplan los supuestos de hecho de la norma que le regula; y esa afectación es en las mismas condiciones y cualidades para todos, sin que pueda decirse que un entredicho tenga mayor o menor capacidad que otro.

1 Jorge Leal Rangel. Profesor de la Universidad Católica del Táchira.
Correo electrónico: jleal@ucat.edu.ve.

2 José Luis Aguilar Gorrondona: *Derecho civil I Personas.* 20ma. edición. Caracas. Universidad Católica Andrés Bellos, 2007.

Es importante tener presente que los niños o adolescentes por regla general y conforme de la interpretación en contrario *sensu* que se le da al artículo 18 del Código Civil[3], no poseen capacidad negocial y por ello su condición se asimila a un entredicho, ya que su incapacidad también es plena, general y uniforme; sin embargo, la condición del entredicho es aún más fuerte, puesto que éste no goza, en principio, de las excepciones que tienen los adolescentes para actuar por sí solos en el mundo jurídico, como por ejemplo el artículo 100 de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, que le da la capacidad a éstos de celebrar contratos de trabajo o convenciones colectivas; o la del artículo 222 del Código Civil que les permite reconocer a su hijo[4].

II. Clases de interdicción

Conforme se puede observar de la definición dada líneas arriba, así como de la normativa que regula la institución, específicamente el artículo 393 del Código Civil, existen en nuestro ordenamiento jurídico dos clases de interdicción: la que es producto de un *estado habitual de defecto intelectual grave* y la producida por *condena penal a presidio.* La primera es conocida como *"interdicción judicial"*, pues requiere de un procedimiento canalizado por ante el órgano jurisdiccional, para que el Estado por medio del juez, sea quien dicte el decreto de interdicción y declare de esta manera a una persona como entredicho; y la segunda como *"interdicción legal"*, pues basta que en un proceso principal se declare la culpabilidad de un sujeto en cuanto a la ocurrencia de un hecho punible, que merezca pena corporal de privación de libertad y que la misma sea de "presidio", para que deba entenderse que el condenado adquirió la condición de entredicho.

La finalidad que subyace en la institución es de protección, con respecto a aquél, que dada su condición habitual y grave en cuanto al defecto intelectual que padece, puede ver afectado su patrimonio en alguna medida, tanto por actuaciones de terceros de mala fe que buscando un beneficio para sí o para otro, celebren negocios jurídicos con

3 Es mayor de edad quien haya cumplido dieciocho (18) años.
El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, con las excepciones establecidas por disposiciones especiales.

4 Salvo en este último caso el entredicho por condena penal, el cual se interpreta sí puede reconocer a su hijo.

el incapaz; o, de sí mismo –del propio incapaz-, ya que pudiere darse el caso que sin tener algún tipo de discernimiento en cuanto a la magnitud o no del acto que va realizar, lo ejecute, trayendo con ello perjuicios en su patrimonio y de esta manera, en su vida. Asimismo, otra consecuencia de la interdicción judicial es generar en el entredicho la pérdida del gobierno de su persona, y en este sentido, tal institución también va a proteger al individuo en su condición de tal.

Ahora, esto con respecto a la interdicción judicial. No puede decirse lo mismo de la interdicción legal, puesto que en la misma, el presupuesto no es el defecto intelectual, sino la condena a "presidio". Un reo perfectamente puede discernir en cuanto a la magnitud del daño en su patrimonio, pues por ello es que se considera legalmente imputable y con aptitud para ser responsable de un hecho punible. La finalidad de la institución en este caso varía, pues ya no va en protección del incapaz, sino de la misma sociedad: "interés colectivo", por ello entendida de "protección social".

De seguidas analizaremos cada una de estas interdicciones:

III. La Interdicción Legal

Causas

En el ámbito penal, las penas se dividen en corporales y no corporales; principales y accesorias, conforme lo expresan los artículos 8[5] y 11[6] del Código Penal. Dentro de las penas principales y corporales se encuentran, entre otras, la de "presidio", y conforme al artículo 13[7] del mismo cuerpo normativo, una pena accesoria de la de presidio es la interdicción civil.

5 Artículo 8. Las penas se dividen principalmente en corporales y no corporales.

6 Artículo 11. Las penas se dividen también en principales y accesorias.
Son principales:
Las que la ley aplica directamente al castigo del delito.
Son accesorias:
Las que la ley trae como adherentes a la principal, necesaria o accidentalmente.

7 Artículo 13. Son penas accesorias de la de presidio:
1. La interdicción civil durante el tiempo de la pena.
2. La inhabilitación política mientras dure la pena.
3. La sujeción a la vigilancia de la autoridad por una cuarta parte del tiempo de la condena, desde que esta termine.

De esta manera, la causa generadora de la interdicción legal es la pena de presidio conforme se desprende de los artículos referenciados en el párrafo anterior.

Regulación

El artículo 23[8] del Código Penal, determina cuáles actos o negocios jurídicos puede realizar o no el entredicho. En este sentido, conforme al primer aparte de la normativa en comento, el reo no puede disponer de sus bienes por acto entre vivos (venta, permuta, hipoteca, etcétera), ni realizar actos de administración (arrendar, abrir cuentas bancarias, etcétera). Sin embargo, por interpretación en contrario *sensu*, se entiende que sí puede disponer por actos *mortis causa*, acto típico sería a través del testamento. Asimismo, es motivo para privarle de la patria potestad de sus hijos, artículo éste que se encuentra en consonancia con el artículo 352 de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, en su literal "h".

En materia de autoría intelectual, el entredicho sí puede ejercer ciertos derechos. Expresamente la Ley de Derecho de Autor en su artículo 33, se refiere a este tipo de entredicho, otorgándole capacidad a los sólos efectos de realizar cualquier acto jurídico relacionado con la obra creada por él y actuar en juicio para plantear pretensiones referidas a dichos actos jurídicos o en su condición de autor. Sin embargo, dado que está privado de libertad, la misma norma presenta el canal cómo materializar tales derechos, cual es a través de un mandatario que nombrará el reo.

Además, aún cuando no lo diga expresamente la ley y bajo el principio de la capacidad como regla y la incapacidad como excepción, el reo puede realizar todos aquellos actos que la ley no le haya prohibido celebrar por sí sólo, y allí se incluyen los de carácter personal, como reconocer a un hijo extramatrimonial o contraer matrimonio.

8 Artículo 23. La interdicción civil por causa criminal no podrá imponerse como pena principal, sino únicamente como accesoria de la de presidio.
Sus efectos son privar al reo de la disposición de sus bienes por actos entre vivos y de la administración de los mismos, de la patria potestad y de la autoridad marital.
A la administración de los bienes del entredicho se proveerá conforme lo dispone el Código Civil respecto de los que se hallan en interdicción.

En otro orden de ideas, para que el entredicho por condena penal pueda actuar en el mundo jurídico en actos distintos a los que la ley le da plena autorización, debe hacerlo a través del régimen de tutela. Asimismo, las normas sobre la interdicción judicial que veremos más adelante, son las que rigen a la interdicción legal, en cuanto le fueren aplicables, tal como lo expresa el artículo 408 del Código Civil.

Duración

Siendo la interdicción legal una pena accesoria de la pena principal de presidio, se aplica el principio general de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, es decir, una vez extinguida la pena por cualquiera de sus modalidades[9], debe igualmente cesar la interdicción

Actos realizados en contravención a las normas sobre interdicción

Un acto realizado por esta clase de entredicho, en contravención a las normas sobre interdicción, como por ejemplo, no celebrar los negocios jurídicos por medio del tutor, traería como consecuencia una *nulidad absoluta* con legitimidad activa para invocarla por cualquiera que tenga interés y ello en los términos del artículo 1.145 del Código Civil. Esto es así, puesto que la finalidad de este tipo de interdicción es proteger el interés social o colectivo y no el individual del reo, a diferencia de la interdicción judicial, como ya lo veremos.

IV. La Interdicción Judicial

Causas

Conforme se desprende del artículo 393 del Código Civil, el motivo que genera el nacimiento de la institución es un defecto intelectual que cumpla dos requisitos: que sea habitual; y además, de tal relevancia que traiga consigo la incapacidad del sujeto de proveerse a sus propios intereses, lo que ha calificado que el defecto intelectual debe ser grave.

9 Ejemplo: Cumplimiento de condena; indulto, perdón del ofendido, prescripción, etcétera: artículos 103, 104, 105, 106 y 108 del Código Penal.

Con respecto al defecto intelectual, la doctrina[10] lo entiende como aquel que no sólo puede afectar las facultades cognoscitivas, sino también las volitivas. Asimismo, que los defectos físicos no cuentan, sino en la medida en que afecten facultades mentales, criterio este tomado de la sentencia de un Tribunal de Primera Instancia del año 1954. Sin embargo, bajo este criterio de interpretación se han inclinado las sentencias de los Tribunales Superiores, tanto en lo que respecta a este requisito como los dos que veremos a continuación[11].

El defecto debe ser *grave,* hasta el punto que el sujeto no pueda proveer a sus propios intereses Y, por último, debe ser *habitual*[12], lo que se contrapone a los estados excepcionales o pasajeros de defecto intelectual. Asimismo, no es requisito indispensable que el defecto se exprese de manera continua, pues conforme a la interpretación que se le ha dado al artículo 393, se establece la posibilidad jurídica de decretar la interdicción en aquellos casos en que inclusive el sujeto aún ostentando el defecto intelectual habitual, pueda en ocasiones tener intervalos lúcidos.

---

10 José Luis Aguilar Gorrondona: *Derecho civil I Personas... op. cit.*
Francisco Hung V.: *Derecho civil I.* Caracas. Vadell Hermanos, 2010.
Emilio Calvo: *Código Civil Venezolano.* Vol. I. Caracas - Venezuela. Ediciones Libra, 1997.

11 "Como consecuencia de ello la interdicción trata a las personas mayores de dieciocho años como si fuesen menores de edad o les impide que, al llegar a la mayoridad, entren en el libre ejercicio de sus derechos civiles, dejándolas en un sistema de representación legal.
De acuerdo a la doctrina, para que la interdicción civil pueda declararse y produzca sus efectos legales, es necesario que se cumplan los siguientes requisitos:
- Que las personas afectadas sean o un mayor de edad o un menor emancipado;
- Que la persona se encuentre en estado de defecto intelectual; y
- Que el defecto intelectual sea permanente.

Respecto de la primera considera este Tribunal que no hay que abundar en mayores comentarios. Ahora, en relación a la segunda, es necesario que exista un defecto intelectual que afecte a la persona que se pide sea sometida, que pueda afectar tanto las facultades cognoscitivas como volitivas. Se trata de defectos físicos o mentales, no bastando el defecto físico. Ese defecto debe ser grave, de modo que impida al sujeto proveer a sus propios intereses.
En relación al tercer requisito, tenemos que el defecto intelectual que afecte a la persona que se pretenda someter a interdicción debe ser habitual, no bastando accesos pasajeros o excepcionales. No se requiere que sea continuo, pues la norma previene la posibilidad de que aun teniendo intervalos lúcidos, la interdicción pueda ser declarada.
Tampoco se requiere que el defecto sea incurable, pues el propio legislador en el artículo 401 del Código Civil, consagró como primera obligación del tutor, que cuide del incapaz hasta que este adquiera o recobre su capacidad. (*www.tsj.gov.ve.* (s.f.). Recuperado el 17 de 10 de 2011, de http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2007/enero/650-22-KP02-H-2006-000004-.html)"

12 Que se hace, padece o posee con continuación o por hábito. (*Diccionario de la Lengua Española.* (s.f.). Recuperado el 17 de 10 de 2011, de http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=habitual)

Legitimados activos

Conforme el artículo 395 del Código Civil, quienes pueden promover el inicio de un procedimiento de interdicción con respecto a aquél que cumpla los requisitos de ley, son:

- El cónyuge.

- Cualquier pariente del incapaz: El legislador aquí no hizo distingo como lo hace en ciertas ocasiones en la regulación de algún supuesto de hecho, donde establece una limitante con respecto a los parientes, como por ejemplo el artículo 303 del Código Civil. Al no hacer distingo, el intérprete tampoco debe hacerlo, por lo que debemos entender cualquier pariente sin limitación de grado o sin importar si es consanguíneo o afín.

- El Síndico Procurador Municipal: Por cuanto la interdicción es una institución donde está interesado el orden público[13].

- Cualquier persona que tenga interés: Se puede establecer como ejemplo, en primer lugar, al propio afectado durante un intervalo lúcido, al socio, quien puede ver perjudicados los intereses del negocio en común, a consecuencia de decisiones de aquel que en un momento determinado comenzó a padecer de un defecto intelectual grave.

- El juez puede proceder de oficio[14], y por las mismas razones que el Síndico Procurador Municipal puede promoverla.

- El Ministerio Público, conforme el artículo 130 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto es garante de la constitucionalidad y legalidad, aunado al hecho que es materia que interesa al orden público.

---

13 Yolanda Jaimes: *La Interdicción.* 3era. edición. Caracas. Rectorado de la Universidad Central de Venezuela, 1999.

14 Este es uno de los casos en que el juez puede iniciar de oficio un proceso, configurando una de las excepciones al principio dispositivo, en los términos del artículo 11 del Código de Procedimiento Civil.

Legitimados Pasivos

Conforme al artículo 393 del Código Civil, se puede promover en contra de un *mayor de edad* o un *emancipado* que cumpla la condición de ley, a saber: la existencia en ellos de un defecto intelectual de tal magnitud que los haga incapaces de proveer a sus propios intereses.

Antes de la mayoridad es innecesaria la institución, pues existe otra que cumple su objetivo y en una amplitud mayor que ella, como lo es la patria potestad o la misma tutela. Sin embargo, por excepción, el adolescente no emancipado puede ser sometido a interdicción, cuando se encuentre en el último año de su minoridad, conforme lo estipula el artículo 394 del Código Civil.

Y ello es así, puesto que un adolescente que padezca de un defecto intelectual grave, está protegido por la institución de la patria potestad o tutela; pero al adquirir la mayoridad se extinguirán aquellas instituciones, conforme lo expresa el artículo 356 de la Ley Orgánica de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Si no se permitiere la interdicción a un adolescente no emancipado, sino una vez adquirida la mayoridad, carecería de protección en el lapso comprendido entre el día que ha cumplido la mayoridad y el día que se ha promovido la interdicción y ésta se ha decretado provisionalmente, por lo tanto, el legislador consciente de ello, permite el nacimiento de la institución en el adolescente siempre y cuando se encuentre en su último año de minoridad.

Procedimiento

Es importante analizar el procedimiento, pues aún y cuando es materia que será estudiada en la cátedra de Derecho Procesal, del mismo se desprende desde cuándo el sujeto que posee un defecto intelectual grave adquiere protección a través de la institución que nos ocupa.

En efecto, una vez que los legitimados activos promuevan la interdicción; o el mismo juez proceda de oficio al tener noticias de la concurrencia en un sujeto de los presupuestos que le dan nacimiento, dará inicio al proceso y procederá a realizar una averiguación sumaria sobre los hechos que motivaron el respectivo proceso. Dentro de las diligencias que

realizará sumariamente estará la de nombrar dos expertos o facultativos para que examinen la persona, que de ser el caso, será declarado entredicho; asimismo y conforme al artículo 396 del Código Civil, el juez interrogará a dicho sujeto y a cuatro personas que sean parientes inmediatos, de no contar con estos, el interrogatorio se realizará a amigos de su familia.

Una vez practicadas estas diligencias, y de arrojar resultados que traigan consigo la presunción de la existencia del defecto intelectual grave, el juez decretará la *"interdicción provisional"* y nombrará un *tutor interino*, ordenando seguir el proceso por los trámites del juicio ordinario.

El decreto de interdicción provisional, traerá, además del inicio de la protección, la apertura del lapso probatorio, pudiendo aportar pruebas al proceso el mismo sujeto declarado entredicho provisionalmente o su tutor interino, la otra parte[15], si la hubiere, y el mismo juez de oficio. Asimismo, dado el interés del Estado en otorgar la protección al sujeto o por el contrario, en no cercenarle "la capacidad negocial" en un caso en que no se hayan dado los supuestos de ley, permitirá en cualquier estado del proceso –fuera del lapso probatorio-, si así lo considera necesario y prudente, evacuar otra prueba distinta a las que fueren promovidas en la oportunidad para tal fin, e inclusive, podrá hacerlo de oficio.

Expresa el artículo 738 del Código de Procedimiento Civil que las actas del interrogatorio que se le haga al sujeto indiciado de demencia, expresarán las preguntas hechas y las respuestas dadas.

Una vez culminado el proceso, pudiera suceder que se ratifique la interdicción, y por lo tanto, de provisional, pasará a ser definitiva; o al contrario, que el juez considere que no están dados los supuestos para decretar la interdicción, declarando no ha lugar, pudiendo abrirse un nuevo procedimiento si se presentaren nuevos hechos; o puede suceder –en los casos en que el procedimiento fue tramitado a instancia de parte-que sí lo considere con un defecto intelectual, pero no tan grave como para decretar la interdicción, caso tal, decretará la inhabilitación.

Sea cual fuere la sentencia que se dicte en primera instancia, la misma siempre deberá ser consultada con el Superior.

15 Caso de que el juicio hubiere iniciado a instancia de los demás legitimados activos distintos al juez.

La sentencia que se dicta en este proceso pudiere ser revocada una vez que hayan cesado los supuestos que la causaron, es decir, el sujeto haya recuperado su buena salud intelectual o mental. Dicha revocatoria la realizará el mismo juez que conoció de la causa en Primera Instancia. Pareciera que se da en el mismo expediente donde se tramitó la interdicción, pues el legislador determina que se abrirá una articulación probatoria por el lapso que fije el juez, y no expresa la iniciación de un proceso para dicha revocación. La decisión es consultada con el Superior.

Los mismos legitimados activos para instar el procedimiento de interdicción son los mismos que pueden pedir su revocatoria, e inclusive, el juez de oficio.

Momento en que comienza la protección de la interdicción

La protección que emana de ésta institución comienza desde el mismo momento en que el juez decreta la interdicción provisional.

El legislador también otorga protección antes de la existencia de ese decreto, siempre y cuando se llegue a demostrar: "de una manera evidente que la causa de la interdicción existía en el momento de la celebración de dichos actos, o siempre que la naturaleza del contrato, el grave perjuicio que resulte o pueda resultar de él al entredicho, o cualquier otra circunstancia, demuestren la mala fe de aquél que contrató con el entredicho"[16].

Ahora bien, si un sujeto falleciere, no se pudiera alegar el defecto intelectual para impugnar los actos realizados en vida[17], salvo en dos circunstancias: si al momento de la muerte de la persona ya se había promovido la interdicción[18]; o cuando la prueba de la enajenación mental resulte del mismo acto que se impugna.

16 Artículo 405 del Código Civil.
17 El permitirlo abiertamente traería una inseguridad jurídica, pues no estando viva la persona sería muy difícil poder demostrar que se encontraba bajo un defecto intelectual grave.
18 Caso tal queda la puerta abierta a solicitar la impugnación, pues ya existe un indicio de que la persona en vida pudo haber padecido el defecto.

Tribunal Competente

Aquí habría que diferenciar: si se trata de un mayor de edad, los competentes serían los jueces de Primera Instancia con competencia en lo Civil, pudiendo los jueces de Municipio[19] realizar las diligencias sumarias, pero la normativa no les da la facultad a éstos últimos de iniciar el proceso ni pronunciarse sobre la interdicción provisional, lo cual una vez practicadas las diligencias mencionadas deberán remitirlas al de Primera Instancia para que éste valore las pruebas evacuadas y de ser el caso decrete la interdicción provisional, iniciándose en dicho tribunal el procedimiento ordinario.

Ahora bien, si se trata de un adolescente emancipado o no, pero que se halle en el último año de su minoridad, la competencia la tiene el Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Efectos de la Interdicción

La interdicción hace que el sujeto pierda el gobierno de su persona y la capacidad de obrar, quedando bajo una incapacidad plena, general y uniforme, sometido de esta manera al régimen de representación, bajo la institución de la tutela, y por ello le son aplicables las normas de la tutela de menores, pero en la medida en que se adapten a su naturaleza (art. 397 C.C).

Sin embargo, aún y cuando le sea aplicable la normativa antes referenciada, el Código Civil posee normas propias que regulan la situación del entredicho. Así se tiene:

> El cónyuge es de pleno derecho tutor de su cónyuge entredicho. Tal deber persiste en el cónyuge incluso cuando se ha decretado sólo la separación de cuerpos, no así cuando ha sido decretada ésta conjuntamente con la separación de bienes.

A falta de cónyuge, o de estar impedido para ejercer el cargo, corresponderá al padre y a la madre acordar, con la aprobación del juez, quién de ellos ejercerá la tutela. Si fuere el cónyuge o cualquiera de los

19 Los de parroquia ya no existen en el sistema del poder judicial.

padres quien la asumiere, no necesitan discernimiento[20] para ejercer el cargo, ni tienen obligación alguna de prestar caución, ni presentar los estados anuales de cuentas; como sí tienen la necesidad y obligación aquéllos sujetos distintos a éstos.

Ahora bien, a falta de los anteriormente mencionados, el juez nombrará el tutor de la manera prevista en el artículo 309, es decir, escogerá, en igualdad de circunstancias, a uno de los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad del entredicho.

Ahora, de haber dejado los padres tutor a su hijo menor bajo escritura pública o por testamento[21] –previendo la posibilidad de que posteriormente fuere sometido a un procedimiento de interdicción-, será el sujeto nombrado quien asumiría el cargo a falta de dichos padres y no se seguirá lo contemplado en el artículo 309 del Código Civil.

La interdicción por el sólo hecho de haberse promovido suspende la celebración del matrimonio hasta que haya una decisión definitiva por parte de la autoridad judicial.

Constituye una causal de divorcio (numeral 7 del art. 185 C.C) y de privación de la patria potestad (art. 352 LOPNNA).

Tiempo de la Tutela

Quienes asuman la tutela no están obligados a seguirla por más de diez años, salvo el caso del cónyuge, ascendientes o descendientes.

Obligaciones del Tutor

Además de todas aquellas que contemplan las normas sobre tutela de menores y que le fueren aplicables a este tipo de tutela dada su naturaleza, la principal de todas consiste en cuidar que el incapaz adquiera o recobre su capacidad, esto es, su buena salud mental o intelectual y con

---

20 "Es el acto judicial consistente en autorizar al tutor para entrar en ejercicio de sus funciones y también el instrumento o documento en el cual consta dicha autorización". José Luis Aguilar Gorrondona: *Derecho civil I Personas.* 20ma. edición. Caracas. Universidad Católica Andrés Bellos, 2007, p. 317.

21 Delación testamentaria.

tal objetivo deberá el tutor destinar principalmente el producto de los bienes del patrimonio del entredicho.

Lugar de cuidado del entredicho

El cuidado del entredicho se hará en el lugar que el padre tutor o la madre tutora asignen; sin embargo, cuando quien ejerce el cargo es persona distinta a ellos, será el juez quien decida, con conocimiento de causa, el lugar de cuidado de aquél.

Actos que pudieren ser anulados

Los actos o negocios jurídicos que sean celebrados por el sujeto entredicho sin la debida representación, posterior a ser decretada la interdicción provisional, podrán ser anulados a instancia sólo del tutor, el entredicho rehabilitado y los herederos o causahabientes de este.

Asimismo, podrán ser anulados los anteriores a ese decreto, siempre y cuando "se probare de una manera evidente que la causa de la interdicción existía en el momento de la celebración de dichos actos, o siempre que la naturaleza del contrato, el grave perjuicio que resulte o pueda resultar de él al entredicho, o cualquier otra circunstancia, demuestren la mala fe de aquél que contrató con el entredicho"[22].

Y aún fallecido un sujeto, de los actos realizados por éste en vida se pudiera pedir la nulidad bajo el argumento del defecto intelectual o mental "cuando la interdicción se hubiere promovido antes de su muerte, o cuando la prueba de la enajenación mental resulte del acto mismo que se impugne"[23]. Fuera de esos supuestos no es posible.

Tiempo para pedir la nulidad del acto

El tiempo es de 5 años, contado a partir de la revocatoria de la interdicción conforme lo expresa el artículo 1.346 del Código Civil.

22 Artículo 405 del Código Civil.
23 Artículo 406 del Código Civil.

Capítulo 23

La Inhabilitación[1]

SUMARIO

I. Definición. II. Clases de inhabilitación. III. La inhabilitación judicial: IV. Causas. V. Legitimados Activos. VI. Legitimados pasivos. VII. Procedimiento. VIII. Régimen del inhabilitado judicial. IX. Nulidad de los actos celebrados por el inhabilitado. X. Rehabilitación del Inhabilitado Juridicial.

I. Definición

Hay situaciones que no son de tal magnitud que ameriten la necesidad de incapacitar a un sujeto de manera plena, por cuanto en el mismo sigue existiendo algún grado de entendimiento en lo que se refiere a las consecuencias que puede traer consigo la celebración de un negocio jurídico.

En este sentido expresa Borda[2]:

"simples trastornos de la afectividad y la volición, la debilidad de espíritu, las manías parciales, constituyen muchas veces estados fronterizos o intermedios, que no justifican una interdicción total del

1 Jorge Leal Rangel. Profesor de la Universidad Católica del Táchira.
Correo electrónico: jleal@ucat.edu.ve

2 Citado por Antonio Marín: *Derecho civil I Personas.* Caracas - Venezuela. Mc Graw Hill, 1998, p. 199.

enfermo, pero que lo colocan en una situación de enfermedad ante sus semejantes, que hace aconsejable una protección legal".

Tal situación está regulada en nuestra legislación, específicamente en el artículo 409 del Código Civil, al contemplar: "El débil de entendimiento cuyo estado no sea tan grave que dé lugar a la interdicción, y el pródigo, podrán ser declarados por el Juez de Primera Instancia inhábiles (…)".

La Inhabilitación puede entonces definirse como la institución del Derecho civil que tiene por finalidad atenuar la capacidad negocial que ha adquirido un sujeto en razón de su edad, como consecuencia de un estado de debilidad en el entendimiento, pero no de tal magnitud que haga necesaria declarar la interdicción, y por prodigalidad. Es por ello, como se verá más adelante, que el régimen aplicable a estos sujetos es el de asistencia y no el de la representación legal, característico de la interdicción.

II. Clases de inhabilitación

Antes del 5 de enero de 2007, existía en nuestra legislación la inhabilitación legal[3] y judicial, pero con la entrada en vigencia de la Ley para las Personas Discapacitadas[4], conforme a una derogación expresa del artículo 410 del Código Civil –fundamento jurídico de la inhabilitación legal-, y que hace aquella en la disposición derogatoria primera, podemos decir que sólo existe la judicial.

En este sentido, nos limitaremos sólo a desarrollar ésta última.

3 Este tipo de inhabilitación existía bajo el fundamento jurídico del artículo 410 del Código Civil, que expresaba: "El sordomudo, el ciego de nacimiento o el que hubiere cegado durante la infancia, llegados a la mayor edad, quedarán sometidos de derecho a la misma incapacidad, a menos que el Tribunal los haya declarado hábiles para manejar sus negocios". Ello implicaba que bajo una forma de proteger a estos sujetos de derecho, dada sus discapacidades físicas, el ordenamiento jurídico de pleno derecho los declaraba en situación de inhabilitados, sin necesidad de intervención judicial, una vez adquirida la mayoridad; pues anterior a ésta gozaban de la protección de la patria potestad, con las consecuencias jurídicas que ello implica. La intervención judicial se daba sólo para declararlos «hábiles», adquiriendo de esta manera capacidad plena, general y uniforme.

4 Ley para las Personas Discapacitadas (2007). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, 38.598 (Extraordinaria), enero 5 de 2007.

III. La inhabilitación judicial

Ésta, como su nombre lo indica, requiere de la intervención del órgano jurisdiccional. Una vez cumplidas y verificadas las condiciones que le dan nacimiento a la institución el juez declara a la persona inhabilitada civilmente[5].

Para ello se requiere del desarrollo de un procedimiento judicial, que será visto más adelante.

IV. Causas

La primera causa conforme al artículo 409 del Código Civil, es la debilidad en el entendimiento, que no sea tan grave como para decretar la interdicción. Ejemplo de ello, entre otros, pudiera ser la pérdida de la memoria, imposibilidad de fijar la atención en los asuntos comunes de la vida por un tiempo razonable[6]. Ahora, el legislador no contempla la condición de la "habitualidad", tal y como sí lo hace en el caso de la interdicción. En este sentido, hay quienes son partidarios de exigir este requisito[7]; sin embargo, somos de la posición que si el legislador no lo contempló expresamente, como sí lo hizo en el caso de la interdicción, ello nos lleva a la interpretación, que su intención no fue condicionar tal institución al requisito en cuestión.

Y la segunda causa es la prodigalidad, entendida ésta según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como: "profusión, desperdicio, consumo de la propia hacienda, gastando excesivamente"[8]. Ahora bien, desde el punto de vista doctrinario, se define en los siguientes términos:

---

5 No se puede confundir la inhabilitación civil con la inhabilitación política. Esta última implica la suspensión de los derechos políticos que ostenta una persona por el solo hecho de ser ciudadano (al cumplir los 18 años de edad), como votar o ejercer cargos públicos, y ello deviene de leyes distintas al Código Civil, como la Ley de la Contraloría General de la República o el mismo Código Penal; mientras que la primera se refiere es a la realización de los negocios jurídicos en el mundo civil y que se encuentra regulada en el Código Civil. A esta última es a la que nos enfocamos en el presente tema.

6 José Luis Aguilar Gorrondona: *Derecho civil I Personas.* 20ma. edición. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello, 2007, p. 412.

7 Hanna Bistock citado por Francisco Hung V.: *Derecho civil I.* 4ta. edición. Caracas - Venezuela. Vadell Hermanos Editores, 2009, p. 338.

8 *Real Academia Española.* (s.f.). Recuperado el 23 de 10 de 2011, de http://buscon.rae.es/drael/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=prodigalidad.

> "persona que, afectada de debilidad mental, desperdicia y consume su hacienda en gastos inútiles y vanos, sin medida, orden ni razón, demostrando con ello incapacidad para administrar adecuadamente sus propios bienes y exponiéndose a la pérdida del patrimonio en perjuicio propio y el de su familia"[9].
>
> "falta de discreción y de prudencia en el manejo de los propios intereses; como un consumo de sus rentas en objetos inútiles, cuando los gastos van unidos a la mala administración"[10].
>
> "Consiste en mermar la propia fortuna mediante gastos desproporcionados e injustificados"[11]

A los efectos de presumir la existencia de un estado de prodigalidad en un caso concreto, es bastante comprensible la definición que da Aguilar Gorrondona, ya que bastará analizar las dos situaciones planteadas y su carácter concurrente: la desproporcionalidad y la injustificación, pues estas afectan la estabilidad patrimonial del individuo

Pues en efecto, como lo afirma el autor, una persona puede hacer un gasto desproporcionado de su patrimonio, pero el mismo puede estar justificado, por ejemplo, en el tratamiento de una enfermedad; asimismo, el gasto puede ser injustificado, pero no desproporcionado, caso tal de una persona que le guste ir a un casino, gasta dinero en el juego, pero con conciencia hasta donde pudiere llegar el respectivo gasto a los efectos de no menguar su patrimonio. Por ello se dice, deben ser concurrentes.

V. Legitimados activos

Conforme al último aparte del artículo 409 del Código Civil, quienes tienen la legitimación para promover el procedimiento de inhabilitación, son los mismos legitimados para promover la interdicción[12]. Sin embargo, hay una colisión de normas en este sentido,

---

9 Antonio Marín: *Derecho civil I Personas.* Caracas - Venezuela. Mc Graw Hill. 1998, p 201.

10 Aníbal Dominici citado por Francisco Hung V.: *Derecho civil I.* 4ta. edición. Caracas - Venezuela. Vadell Hermanos Editores. 2009, p. 339.

11 José Luis Aguilar Gorrondona: *Derecho civil I Personas.* 20ma. edición. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello, 2007, p. 412.

12 - El cónyuge.
- Cualquier pariente del incapaz: El legislador aquí no hizo distingo como lo hace en ciertas ocasiones en la regulación de algún supuesto de hecho, donde establece una limitante con respecto a

por cuanto el artículo 740[13] del Código de Procedimiento Civil, establece que el procedimiento no podrá promoverse de oficio.

En este sentido, ante una colisión de normas, si ambas tienes la misma jerarquía, entendemos, entonces debe privar la especialidad del Código de Procedimiento Civil sobre la norma general del Código Civil. En efecto, el código adjetivo por antonomasia regula el proceso y el procedimiento en sus diferentes facetas y requisitos de procedencia, por tal, la legitimación e interés como requisitos para el inicio del proceso, deben ser regulados por la ley especial y privar en este sentido sobre la general –Código Civil-, que regule los mismos supuestos de hecho, pero con consecuencias jurídicas distintas, en este sentido, nos inclinamos por considerar que este procedimiento no es posible iniciarlo de oficio por parte del juez, por cuanto priva la norma del Código de Procedimiento Civil, sobre la del Código Civil.

Una interrogante que puede surgir es, si el mismo sujeto que padece el defecto intelectual o aquel que tiene consciencia de la existencia de un estado de prodigalidad en él, puede promover su propia inhabilitación.

Si recordamos, en la interdicción no aparece como legitimado activo dicho sujeto, sin embargo, en este caso, pudiese iniciarse el procedimiento bajo dos vías: colocando la situación en conocimiento del juez, pues éste procederá de oficio a iniciarlo; o, promoverlo el mismo sujeto pasivo de interdicción, pues se ubica dentro de aquellas personas que tienen interés para hacerlo, como legitimados activos, el cual pudiere hacerlo en un intervalo lúcido. Ahora, la situación en la inhabilitación es

---

los parientes, como por ejemplo el artículo -303— del Código Civil. Al no hacer distingo, el intérprete tampoco debe de hacerlo, por lo que debemos entender cualquier pariente sin limitación de grado o sin importar, si es consanguíneo o afín.

- El Síndico Procurador Municipal: Por cuanto la interdicción es una institución donde está interesado el orden público.
- Cualquier persona que tenga interés: Puede establecerse como ejemplo, en primer lugar al propio afectado durante un intervalo lúcido, a el socio, quien puede ver perjudicado los intereses del negocio en común, a consecuencia de decisiones de aquel que en un momento determinado comenzó a padecer de un defecto intelectual grave.
- El Ministerio Público, conforme el artículo 130 del Código de Procedimiento Civil, por cuanto es garante de la Constitucionalidad y Legalidad, aunado al hecho que es materia que interesa al orden público.

13 Artículo 740 C.PC. En la inhabilitación se seguirá el mismo procedimiento que para la interdicción, salvo que no podrá procederse de oficio ni podrá decretarse inhabilitación provisional.
Cuando el juez no encontrare mérito suficiente para decretar la interdicción, en los casos que ésta fuera tramitada a instancia de parte, podrá decretar la inhabilitación si a su juicio hubiere motivo para ello.

distinta, en lo que respecta al inicio de oficio por el juez, pues el titular del órgano jurisdiccional no tiene facultades oficiosas para dar comienzo al procedimiento de inhabilitación. En algunos ordenamientos jurídicos es permitido en prevención de una eventual situación de incapacidad, que sea la misma persona quien requiere de la inhabilitación, la que pudiere promover el procedimiento, tal y como ocurre en el Código Civil Suizo[14]. En Venezuela, pudiera ser posible que el mismo sujeto que será incapacitado jurídicamente promueva el procedimiento de inhabilitación, pero interpretando que su legitimación deriva en el supuesto que contempla el legislador: "todo aquel que tenga interés". Esto se justifica porque dada su situación de vulnerabilidad patrimonial, es lógico pensar que tiene interés en obtener la protección de la institución, al igual que en el caso de la interdicción.

VI. Legitimados pasivos

Todo mayor de edad que padezca un defecto intelectual no tan grave que haga necesaria una mayor protección como la "interdicción" y el pródigo.

VII. Procedimiento

Es el mismo aplicado a la "interdicción", con dos variantes: no puede ser iniciada de oficio; y el juez no puede decretar la "inhabilitación provisional", como sí está autorizado en la interdicción. Con base a ésta última situación, debemos interpretar que el procedimiento no tiene una fase sumaria, pues ella es necesaria en el procedimiento de interdicción, ya que el juez debe decretar bajo la valoración expedita de los medios de prueba aportados, una interdicción provisional. En este sentido, no estando autorizado para hacerlo en el procedimiento de inhabilitación, consideramos que el mismo se da desde su inicio bajo las reglas del procedimiento ordinario, sin pasar por una fase sumaria.

14 Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón: *Sistema de Derecho civil.* 10ma. edición. Vol. I. Madrid - España. Editorial Tecnos, 2001, p. 245.

VIII. Régimen del inhabilitado judicial

El decreto de inhabilitación no priva al sujeto del gobierno de su persona; pero sí modifica su capacidad negocial, en los siguientes términos:

Conforme al artículo 409 del Código Civil, en principio, para realizar actos de simple administración puede actuar sólo; pero para los que exceden de la simple administración llamados también de disposición, debe estar asistido de un curador. La normativa, de manera enunciativa, contempla los actos jurídicos que ameritan la asistencia del inhabilitado, por ser considerados actos de disposición; dentro de estos tenemos: estar en juicio, celebrar transacciones, dar y tomar a préstamo, percibir sus créditos, dar liberaciones, enajenar o gravar sus bienes, entre otros.

Sin embargo, el juez, en el caso concreto, y dada la gravedad del asunto, también pudiera atenuar la capacidad del inhabilitado para realizar actos de simple administración, en cuyo caso deberá actuar asistido por su curador. Esta circunstancia trae la posibilidad de ver inhabilitados que tienen mayor capacidad que otros para actuar en el mundo jurídico, por ello se dice que la "inhabilitación" no se trata de manera "uniforme" en todos los casos, como sí ocurre con la "interdicción" en la cual siempre veremos entredichos con iguales grados de incapacidad.

Asimismo, hay normas dispersas en el Código Civil, fuera del capítulo dedicado a la inhabilitación que hacen mención a esta institución, relacionada con otras instituciones del Derecho Civil. Así se tiene, entre otras:

1. Para que una convención matrimonial o donación con motivo del matrimonio, hecha por aquel que se encuentra inhabilitado o bajo un juicio de inhabilitación, tenga validez, el incapacitado requiere de la asistencia y aprobación del curador, ya sea el que le haya sido designado de manera definitiva o uno *ad hoc*, según sea el caso; además de ello, debe ser aprobado por el juez, previo conocimiento del caso (art. 147 C.C).

2. A partir del día que se promueva el juicio de inhabilitación, serán consideradas nulas las donaciones que realice el sometido a éste juicio, (art. 1.435 C.C); salvo que el procedimiento haya sido declarado sin lugar, por considerar el juez que dicha persona está en plenas facultades mentales para realizar negocio jurídico alguno.

3. El mandato se extingue por la inhabilitación del mandante o del mandatario (numeral 4° del artículo 1.704 del C.C).

4. En la inhabilitación, el legislador no contempló norma alguna que permita atacar de nulidad, los actos o negocios jurídicos realizados con anterioridad a la promoción del juicio de inhabilitación, aún y cuando se llegase a demostrar que ya existían los motivos que dieron origen a ella; tal como sí existe en el caso de la interdicción.

5. Cuando el inhabilitado tiene la titularidad de la patria potestad de sus hijos, las facultades de representación y administración le corresponden exclusivamente al otro progenitor previa autorización del juez; y en el caso que el otro sea igualmente inhabilitado o posea cualquier otro impedimento contemplado en la normativa del artículo 277 del Código Civil, se nombrará un curador especial que ejercerá la administración y representación del hijo o hijos (art. 277 C.C).

6. Gozarán del hogar las personas en cuyo favor se haya constituido; y si esto no consta claramente, serán beneficiarios el cónyuge, los ascendientes que se encuentren en estado de reclamar alimentos, los hijos mientras permanezcan solteros, y los hijos mayores entredichos o inhabilitados por defecto intelectual (art. 636 C.C).

7. En la aceptación de la herencia, el inhabilitado tiene que hacerlo con el consentimiento de su curador[15] y bajo beneficio de inventario. Ahora bien, si llegase el caso que el curador no considera viable asistirlo, oponiéndose a la aceptación, el

15 Debemos entenderlo en el sentido de asistirlo, propio del régimen de la curatela.

incapaz puede hacerse autorizar por parte del juez, para que el mismo inhabilitado lo acepte bajo el beneficio mencionado (art. 999 C.C).

8. El inhabilitado puede aceptar donaciones por sí solo, pero en aquellas que están sujetas a carga[16] o condición[17], requiere la asistencia del curador.

Como ya se ha ido observando en las normas referenciadas, el régimen aplicable al inhabilitado es la asistencia a través de un curador, que será nombrado por el Juez de Primera Instancia en la misma manera que da tutor a los menores (art. 409 C.C).

IX. Nulidad de los actos celebrados por el inhabilitado

Los actos realizados por el inhabilitado sin la debida asistencia del curador en aquellos que la requieran, afecta de nulidad relativa dichos actos; pudiendo sólo invocarla el curador, el inhabilitado o los herederos o causahabientes de éste, y no por quien celebró el negocio jurídico con el incapaz, pues la institución nace con la finalidad de proteger a aquél (art. 411 C.C).

Ahora bien, el lapso para solicitar la nulidad es de 5 años contados a partir del día que haya sido levantada la inhabilitación, es decir, se haya rehabilitado al sujeto (1er. aparte 1.346 C.C).

X. Rehabilitación del inhabilitado judicial

Conforme al artículo 412 del Código Civil la inhabilitación puede ser revocada bajo el mismo supuesto que puede ser revocada la interdicción, es decir, una vez haya cesado la causa que la originó y bajo el mismo procedimiento aplicable a esta última, conforme al artículo 741 del Código de Procedimiento Civil.

16 Es decir, aquellas que exigen el cumplimiento de una prestación por parte del beneficiario del contrato. Ejemplo: la de un inmueble sometido a propiedad horizontal, cuyo donante debe una cantidad exorbitante de dinero por concepto de condominio; obligación que se caracteriza por seguir en la persona titular del derecho de propiedad del inmueble: obligaciones *propter rem*.

17 Conforme al artículo 1.197 del Código Civil, "La obligación es condicional cuando su existencia o resolución depende de un acontecimiento futuro e incierto" por ejemplo, te dono la casa pero bajo la condición de dejar viviendo en ella a algún pariente mío.

Capítulo 24

Extinción de la personalidad en las personas naturales[1]

SUMARIO

Generalidades. II. La muerte: Concepto. III. Muerte encefálica y muerte violenta. IV. Prueba médica y prueba legal. V. El derecho a una muerte digna. VI. Efectos jurídicos de la muerte. VII. Muertes simultáneas: Premoriencia y conmoriencia.

I. Generalidades

Hemos dejado claro antes que en nuestro derecho, hoy, la única manera de extinguir la personalidad de los seres humanos es con la muerte.

No siempre fue así. En Roma y durante parte del Derecho medieval existieron instituciones cuya consecuencia, directa o indirecta, desde el punto de vista del Derecho civil, era extinguir la personalidad de los seres humanos. Así, los esclavos a pesar de ser obviamente personas naturales, no tenían personalidad[2]; la *capitis diminutio máxima* impuesta a una persona equivalía a haber caído en esclavitud (pérdida del *status libertatis*); la muerte civil (revitalizada por el Derecho germánico) imponía, de acuerdo con el Código Napoleónico, a un ser humano, bien por haber

1 Sergio Campana Zerpa. Profesor de la Universidad Católica del Táchira.
Correo electrónico: scampana@ucat.edu.ve.

2 *Servi nullum caput habet.*

sido condenado a muerte, a trabajos forzados o a la deportación; o bien por haber jurado ciertos votos religiosos: a) la apertura de su sucesión, b) la disolución de su matrimonio, y c) la pérdida de sus derechos civiles y políticos, es decir, su personalidad se extinguía y era “borrado” como persona en el ámbito legal.

Estas instituciones demostraban una total negación de la *dignidad* del ser humano a la cual nos hemos referido antes al abordar el tema de los derechos de la personalidad, situación superada por la gran mayoría de ordenamientos jurídicos modernos, ya que afectaba, a la par del culpable, a inocentes como, por ejemplo, la esposa y los hijos del condenado a la muerte civil.

Afortunadamente la muerte civil fue erradicada del Derecho francés gracias a una Ley de 1854 y antes, en 1771, gracias a una Pragmática de Carlos III, había sido eliminada del Derecho español. En el siglo XXI, la esclavitud y la muerte civil, son sólo un par de cerrados y vergonzosos capítulos de nuestra historia universal.

La condena a pena de presidio (uno de los tipos de pena privativa de libertad contemplada en nuestro ordenamiento jurídico), como se vio en el tema de la interdicción, no implica la extinción de la personalidad, aunque sí impone al condenado la privación de su capacidad negocial. Esto quiere decir que el condenado a presidio, y mientras dure la condena, va a seguir siendo persona, es decir, seguirá teniendo personalidad, seguirá teniendo aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, aunque no podrá, y esto es en defensa de la sociedad, realizar por sí mismo actos o negocios jurídicos válidos sobre su propia persona o sobre su propio patrimonio, a excepción de actos personalísimos como el matrimonio, el reconocimiento de un hijo, o el testamento.

De esta forma, la única manera de extinguir la personalidad de un ser humano es con la muerte entendida en el sentido biológico de la expresión.

A diferencia de otros códigos civiles, el nuestro no establece, en una disposición expresa, que la personalidad se extingue con la muerte y únicamente con ella. El artículo 94 del Código Civil colombiano, el 103

del argentino, el 22 del mexicano, el 32 del español, el 45 del panameño, por citar algunos, son enfáticos al señalar que la muerte es la única causa de extinción de la personalidad, incluso algunos como el argentino de manera expresa indican que la muerte civil no tendrá lugar en ningún caso. Sin embargo, esta falta de mención expresa en nuestro código no ha hecho, ni por un momento, dudar a la doctrina nacional que, de manera reiterada, pacífica y unánime ha venido aceptando que la única manera de extinguir la personalidad es con la muerte de la persona natural.

Afirman autores como Contreras Briceño[3] que esto se deduce de la interpretación del artículo 993 del Código Civil, conforme al cual, "la sucesión se abre en el momento de la muerte y en el lugar del último domicilio del "*de cujus*".

Además podemos agregar nosotros que una interpretación por contrario imperio del artículo 17 del mismo Código Civil, que exige, para que el feto sea reputado como persona, que haya nacido *vivo* -por tanto, confiere a la vida la condición de elemento esencial para el reconocimiento de la personalidad- conlleva a la misma conclusión.

Si el nacimiento vivo marca el inicio de la personalidad, la muerte marca su extinción.

II. La muerte: Concepto

Debemos entender la muerte en el sentido biológico de la expresión, es decir, como la cesación de los signos vitales en conjunto de una persona, aún cuando puedan subsistir por razones naturales, o haciendo uso de medios artificiales y extraordinarios, algunas funciones vitales. Ausencia de respiración espontanea, paro cardiaco, cesación del pulso y de la actividad cerebral son indicadores de la muerte.

Kottow[4] introduce el concepto de muerte neurocortical y la define como la pérdida de las funciones corticales de conciencia, procesos cognitivos y contactos con el exterior, conservando las funciones de control neurovegetativo del tronco encefálico. A su decir, la pérdida definitiva de

3 Manuel Contreras Briceño: *Manual de Derecho civil I, Personas.* Vadell Hermanos. 1995, p. 118.
4 Citado por Francisco Hung Vaillant: *Derecho civil I.* Caracas. Vadell Hermanos, 2009, p. 88.

las funciones cerebrales supratroncales, significa la muerte de la persona por la pérdida irremediable de su propia identidad y de las funciones (relaciones) características del ser humano. Nuestra legislación, incluso la reciente Ley sobre Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos[5], no ha aceptado todavía este concepto y se limita a diferenciar entre la muerte violenta y la muerte encefálica.

III. Muerte violenta y muerte encefálica

Según Domínguez Guillén[6], la muerte clínica, hoy identificada en la Ley como *muerte violenta*, constituye la cesación *definitiva* de las funciones vitales, en tanto que la muerte cerebral, criterio que se corresponde con el que utiliza la vigente Ley: *muerte encefálica* se presenta como la cesación de la función cerebral de manera irreversible. La verificación de cualquiera de ellas, significa en el plano jurídico la extinción de la personalidad.

Entendemos por *muerte violenta,* de acuerdo con la Ley sobre donación y trasplante de órganos: "*Aquella muerte que ocurre a consecuencia de accidentes, suicidios u homicidios*".

La *muerte encefálica* es definida por la ley como la "*pérdida absoluta e irreversible de todas las funciones encefálicas y del tallo cerebral*". Aunque la propia ley en su artículo 25 se refiere a esta como la "muerte según criterios neurológicos" indica que podrá ser establecida, en alguna de las siguientes formas:

"1. La presencia del conjunto de los siguientes signos clínicos:

   a. Coma o pérdida permanente e irreversible del estado de conciencia.

   b. Ausencia de respuesta motora y de reflejos a la estimulación externa.

   c. Ausencia de reflejos propios del tallo cerebral.

5 Publicada en Gaceta Oficial No. 39.808 del 25 de noviembre de 2011.

6 María Candelaria Domínguez Guillén. *Inicio y extinción de la personalidad del ser humano.* Caracas. Tribunal Supremo de Justicia, 2007, p. 173.

d. Apnea.

Previa a la certificación clínica de la muerte, según criterios neurológicos, deben descartarse casos de:

a. Hipotermia.

b. Intoxicaciones irreversibles.

c. Alteraciones metabólicas graves.

d. Shock.

e. Uso de sedantes o bloqueadores neuromusculares.

2. La realización de pruebas instrumentales, se considerará en aquellos casos donde haya imposibilidad de realizar el examen neurológico y para acortar los tiempos de observación entre diferentes evaluaciones clínicas; su objetivo es valorar tanto el flujo sanguíneo cerebral como la funciones electrofisiológicas del encéfalo y el tallo cerebral. Son pruebas instrumentales:

   a. Las que valoran la función electrofisiológica encefálica y del tallo cerebral:
      i. Electroencefalograma.
      ii. Potenciales evocados de tallo cerebral.

   b. Las que valoran la circulación cerebral:
      i. Sonografía Doppler Transcraneal.
      ii. Arteriografía cerebral de 4 vasos.

La muerte encefálica, según criterios clínicos neurológicos, se establece legalmente, cuando así conste en declaración certificada por tres médicos o médicas que no formen parte del equipo de trasplante."

En cualquiera de los dos casos (*muerte violenta* o *muerte encefálica*) la personalidad se considera extinguida una vez verificada la misma, aún cuando puedan subsistir, de manera natural o por inducción artificial –lo

cual es muy frecuente en caso de muerte encefálica cuando la persona se mantiene conectada a medios artificiales y extraordinarios de vida para extraer sus órganos con fines de donación- algunos signos vitales de la persona.

IV. Prueba médica y prueba legal

Si bien es cierto que la prueba como tal de la muerte de una persona es un asunto médico que va a variar según se trate de una muerte violenta o de una muerte encefálica, desde el punto de vista jurídico la prueba de la muerte es el *acta de defunción* o, a falta de ella, la prueba supletoria evacuada ante un tribunal competente.

El artículo 123 de la Ley Orgánica de Registro Civil[7] obliga a declarar toda defunción al Registrador Civil competente y establece que, esa declaración, será requisito para proceder a la inhumación o cremación del cadáver. Por su parte, el artículo 130 de la misma ley establece los elementos esenciales de un acta de defunción, elementos que fueron estudiados en el tema correspondiente al Registro Civil.

V. El Derecho a una muerte digna

Si, como dijimos al hablar de la persona y de los derechos de la personalidad, el reconocimiento de la *dignidad* humana es presupuesto fundamental para el reconocimiento de la personalidad, es decir, por el sólo hecho de ser seres humanos y por el reconocimiento que se hace a nuestra *dignidad*, tenemos personalidad y derechos de la personalidad, es lógico que esa *dignidad* humana sea respetada mientras seamos personas, es decir, como quedó establecido en este mismo capítulo, hasta nuestra muerte. Ahora bien, quedó también sentado al hablar del derecho a la vida que no podemos disponer de ella libremente como lo haríamos con un bien de nuestra propiedad, por eso no es permisible, bajo ningún tipo de circunstancias, acortar la existencia de la vida humana. La eutanasia[8], sea esta pasiva o activa, voluntaria o involuntaria (Cacotanasia), es contraria a nuestra legislación y, debería serlo, a nuestra moral. Frente, por ejemplo, a una penosa enfermedad terminal y cuando la ciencia

7 Gaceta Oficial No. 39.264 del 15 de septiembre de 2009.
8 Véase el capítulo correspondiente al derecho a la vida en este mismo Manual.

ha claudicado en su esfuerzo para devolverle la salud a la persona, se impone el concepto de *muerte digna*, también conocido como muerte buena (good death) o morir con valores (human worth), opuesto a la eutanasia, o suicidio asistido.

Javier Vega Gutierrez[9] nos enseña que para preservar la dignidad de la persona en sus últimos días y ante el deterioro grave e irreversible de su condición física, se debería:

1. *Saber que se está muriendo*. Sembrar falsas esperanzas en la persona de nada va a servir, por el contrario, reconocer que está en sus últimos días le va a permitir resolver asuntos pendientes (reconocer a un hijo, contraer matrimonio, redactar su testamento, perdonar a sus enemigos, cumplir promesas, despedirse, etcétera).

2. Permitir que el enfermo pueda, en la medida que sea posible dadas sus condiciones, *seguir siendo agente de su enfermedad y no mero paciente*. Las decisiones en relación a un determinado tratamiento, a la conveniencia o no de una intervención quirúrgica, al sitio donde se prestará atención médica, por ejemplo, deben ser tomadas, por el propio enfermo, después de haberle suministrado toda la información quien, si su menguada salud se lo permite, deberá expresar su consentimiento para ello.

3. *Preservar la autonomía y autocontrol del paciente*. La dependencia excesiva de otras personas crea resentimiento y pérdida de la *dignidad* de la persona, es recomendable permitir que, en lo posible, el enfermo terminal mantenga su autonomía.

4. *Mantener las actividades ordinarias (familiares, sociales, y profesionales)*. Nuevamente, en la medida que su salud y condición física se lo permita, como muestra de respeto a la dignidad de esa persona, se le debe permitir que mantenga sus actividades familiares, sociales y profesionales. Apartar a

9 Juan Méjica: *Bioética Práctica. Legislación y Jurisprudencia*. Madrid Editorial Colex, 2000, p. 58.

la persona, sin justificación extrema, de su vida de relación le hará sentirse menos *digno* y menos persona.

5. *Mantener la imagen corporal*. El enfermo, a pesar de la enfermedad, debe poderse mirar en el espejo como una persona y no como un ser entregado a la adversidad. Es importante y reconfortante para él o para ella que su imagen sea protegida incluso en sus últimos días.

6. *Brindar apoyo espiritual, si el paciente lo desea*. El sentimiento de dignidad, es mantenido por consideraciones trascendentes, por tanto, el apoyo espiritual en esos últimos momentos de nuestra existencia cobra importancia capital.

Siempre debe recordarse, que no es justificado moral, médica ni jurídicamente alargar artificialmente la vida de la persona mediante manipulaciones sanitarias innecesarias. El equipo médico debe paliar el dolor gracias a niveles aceptables de analgesia, procurando no privar al enfermo de la conciencia de sí mismo, salvo en casos de extrema necesidad. Se debe aceptar, con serenidad, la muerte en el momento preciso (ortotanasia).

VI. Efectos jurídicos de la muerte

Ha quedado dicho que la muerte extingue la personalidad jurídica, por tanto, es este su principal efecto. Declarada la muerte se pierde la susceptibilidad de ser titular de derechos y obligaciones, la aptitud para ser sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas.

Los derechos de la personalidad, los derechos, deberes y relaciones extrapatrimoniales se extinguen con la extinción de la personalidad.

Se abre, de conformidad con el ya citado artículo 993 del Código Civil, la sucesión del difunto, lo que va a permitir que sus derechos y obligaciones patrimoniales, es decir, susceptibles de valoración económica, sean transmitidos a sus sucesores o herederos.

Cobran vigencia las disposiciones "*mortis causa*" de la persona en caso de que las hubiera. Estas manifestaciones de voluntad, como lo apunta Aguilar Gorrondona[10] servirían para que la persona regule, con efectos posteriores a su muerte, su situación patrimonial y también su situación personal (disposición del patrimonio, reconocimiento de hijos, voluntad de donar órganos, etcétera).

La ley regula ciertos actos que, pareciera, constituyen una continuación de la personalidad del difunto, pero que en la práctica tienen suficiente justificación en el reconocimiento del derecho que tienen las personas que le sobreviven, sean estos parientes o simplemente terceros relacionados. Veamos:

1. Puede reconocerse a un hijo después de su muerte[11]. En este caso ese reconocimiento va a afectar a los herederos del difunto quienes verán reconocido su derecho familiar, por tanto, no se trata de continuar de manera ficticia la personalidad del fallecido, se trata de reconocer el derecho de sus familiares vivos.

2. Puede declararse la quiebra o la rehabilitación de un comerciante después de su muerte[12]. Podríamos en este caso hablar de dos situaciones opuestas pero que, igualmente, van a beneficiar a los herederos del difunto. En el primer caso estamos ante la posibilidad de que sea declarada la quiebra y, por esta vía, poder liberarse ellos del cumplimiento de algunas obligaciones haciendo entrega del patrimonio del difunto; en el otro caso estamos frente a la posibilidad de poder declarar la rehabilitación del comerciante fallido (declarado en quiebra). En este caso a la par de intereses económicos pueden estarse protegiendo intereses morales de los herederos del fallecido quienes tienen derecho a que sea expiada la memoria de su ser querido.

---

10 José Luis Aguilar Gorrondona: *Personas Derecho civil I*. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello, 2007, p. 68.

11 Ver artículo 219 del Código Civil.

12 Ver artículos 930 y 1.068 del Código de Comercio.

3. Puede pedirse la nulidad de la condena penal[13]. Nuevamente estaríamos en este caso reconociendo el derecho moral de los herederos para limpiar o expiar la memoria y el buen nombre del fallecido.

4. Se da inicio a lo que se conoce como la tutela jurídica del cadáver y la memoria del difunto. Esta protección viene dada tanto por el Derecho penal como, en el plano civil, por los derechos de la personalidad, específicamente, el derecho al honor y reputación.

VII. Muertes simultáneas: Premoriencia y conmoriencia

Si dos o más personas llamadas recíprocamente a sucederse mueren en un mismo acontecimiento, interesa al Derecho para efectos sucesorales, la demostración, si fuera posible, de quien murió primero. Partiendo del viejo aforismo conforme al cual, para heredar a una persona es necesario sobrevivirle, tenemos que concluir que, si no podemos probar esa sobrevivencia, no podemos llamarlo a la herencia.

Pensemos en el caso, por ejemplo, de que padre e hijo (ambos con importantes fortunas) mueren en un mismo accidente. Podrían darse los siguientes escenarios:

1. El padre sobrevivió al hijo, por lo tanto, a falta de otros herederos con mejor derecho, recibe la fortuna de este. Al morir el padre (posteriormente, aunque en el mismo acontecimiento) se abre la herencia de este último y entrarían en ella, tanto su patrimonio personal como la parte que acababa de recibir por sucesión de su hijo.

2. Contrariamente al escenario anterior, es el hijo quien sobrevivió al padre. En este caso el hijo vería incrementado su patrimonio con la herencia de su padre antes de su propia muerte por lo que los herederos del hijo recibirían no sólo la proporción que les pudiera corresponder en el patrimonio de

13 Ver artículo 463 del Código Orgánico Procesal Penal.

este, sino que además recibirían, en la misma proporción, la parte del patrimonio del padre que ha heredado el hijo.

3. No es posible probar quien murió primero y quién murió después. En este escenario no hay transmisión de derechos de uno a otro.

La doctrina ha desarrollado dos sistemas para repartir equitativamente los bienes de personas llamadas recíprocamente a sucederse que hayan muerto en el mismo acontecimiento: la *premoriencia* y la *conmoriencia*.

La *premoriencia* se fundamenta en la presunción de que sobrevive el más fuerte. Para determinar quién es el más fuerte se recurre a criterios "objetivos" como la edad y el sexo. Consideran ingenuamente los partidarios de este sistema que los hombres son más fuertes que las mujeres; que los jóvenes son más fuertes que los viejos; que los adultos son más fuertes que los niños, etcétera. En consecuencia, si en un mismo acontecimiento han perdido la vida dos personas llamadas recíprocamente a heredarse, conforme a este sistema de *premoriencia*, debemos identificar al más fuerte y, seguidamente, aplicamos la presunción de que, ese, sobrevivió al más débil y, por tanto, le heredó.

El sistema de *premoriencia* ha sido objeto de acérrimas críticas porque en la mayoría de casos de siniestros colectivos, la supervivencia no mantiene relación con la supuesta fortaleza de los involucrados.

Surge, en oposición a este sistema, la llamada *conmoriencia* acogida mayoritariamente hoy en día. Este sistema, simplifica el asunto y establece que, a falta de pruebas, se considera que todos murieron en el mismo momento y, por tanto, no hay transmisión de derechos de uno a otro, pero deja abierta la puerta a que se pueda probar que las muertes ocurrieron en diferentes momentos.

Nuestro Código Civil, en su artículo 994, acoge el sistema de la conmoriencia al señalar que, quien sostenga la anterioridad de la muerte de uno u otro debe probarla y a falta de pruebas se presume que han muerto todos al mismo tiempo y que no hay transmisión de derechos.

Acertadamente el maestro AGUILAR GORRONDONA[14] apunta que esta consagración legal, más que una presunción de conmoriencia, es la aplicación básica de las reglas normales sobre pruebas conforme a las cuales el que alega un hecho (en este caso la sobrevivencia de uno o de otro) debe probarlo. A falta de pruebas, se entenderá que las muertes fueron simultáneas.

14 JOSÉ LUIS AGUILAR GORRONDONA: *Personas Derecho civil I*... op. cit., p. 67.

Contenido

La presente edición
de 1.000 ejemplares
se terminó de imprimir
en el mes de Septiembre de 2013
en los Talleres de:

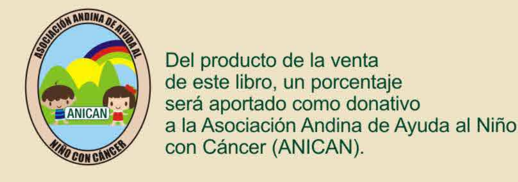


LITHO ARTE C.A. / RIF. J-30287089-5
Carrera 3 con calle 16 No. 16-21, La Ermita
San Cristóbal, estado Táchira Venezuela
T: +58 276 3419526 - TF: +58 276 3430982
lithoarte@gmail.com / lithoarte@cantv.net

Annalisa Poles de Graciotti
Jorge Leal Rangel
Marjorie Mattutat Muñoz
Nelson Grimaldo Hernández
Rina Mazuera Arias
Sergio Campana Zerpa

Evidenciándose la importancia que tiene el Derecho Civil en la sociedad, con este manual, los autores, todos profesores de Derecho Civil I (Personas) de la Universidad Católica del Táchira, han tomado la iniciativa de desarrollar íntegramente y de una manera práctica, concreta, ejemplificada, el contenido programático de esa asignatura, con el firme propósito de ofrecer al alumno que se inicia en el largo camino del estudio. del Derecho, un instrumento que le permita acceder a la información para adquirir los conocimientos necesarios en el área, de una manera sencilla y suficiente, completa y precisa, acorde con ese momento en el que ha decidido adentrarse en el mundo de lo jurídico y cuando, en un proceso de constante descubrimiento, comienza a entender –jurídicamente– las realidades que lo rodean.

Por otra parte, conscientes de los cambios jurídicos producidos en el país a raíz de la Constitución de 1999, que han traído como consecuencia una intensa actividad legislativa y la existencia cada día de nuevos textos legales, los autores se han esforzado por actualizar cada una de las instituciones y figuras que tocan el Derecho Civil I (Personas) incluyendo esos nuevos cambios y transformaciones jurídicas, por lo que este manual ofrecew al lector la seguridad de encontrar cada uno de los puntos desarrollados, en plena consonancia con los textos legales y criterios jurisprudenciales vigentes.



Del producto de la venta
de este libro, un porcentaje
será aportado como donativo
a la Asociación Andina de Ayuda al Niño
con Cáncer (ANICAN).

ISBN: 978-980-12-5398-3

